

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALEXANDRE FAILA COELHO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA
E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

CURITIBA

2012

ALEXANDRE FAILA COELHO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA
E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, no
Curso de Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

ALEXANDRE FAILA COELHO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Orientador – Departamento de Direito Público, UFPR

Prof.^a Dra. Eneida Desiree Salgado

Departamento de Direito Público, UFPR

Prof. Me. Daniel Wunder Hachem

Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 21 de dezembro de 2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Emerson Gabardo pela orientação firme e segura.

Aos professores do curso de Direito que souberam aliar conhecimento técnico, didática e atuação na transformação da sociedade e à centenária Universidade Federal do Paraná, na figura de seus dirigentes e servidores, minha segunda casa pela segunda vez.

Aos amigos e colegas de turma, em especial à Mariana do Prado Grochoski Barone, Renan Guedes Sobreira, Pedro Henrique Gallotti Kenicke, Silvia Marks de Almeida, Smailey Alexandre Behm, Ricardo Jhonathan Prado, Natalia Reolon de Costa e Marina Osowski pela convivência e colaboração durante estes anos. Fico muito feliz em saber que o futuro do país estará nas mãos de pessoas como vocês, que continuarão a luta por uma sociedade melhor e mais justa.

À Hildamara, que segurou as pontas neste período, à Isabel e ao Pedro, com quem terei tempo para jogar “Angry Birds” e montar uma banda, eu agradeço por existirem na minha vida. Já vivemos muitas experiências juntos e ainda teremos muitos momentos felizes para compartilhar.

Se os Maias forem eficientes em suas previsões, o fim do mundo ocorrerá no dia 21 de dezembro de 2012: data de defesa desta monografia.

Mas algo me diz que vamos continuar na luta por uma sociedade mais justa e um Estado mais eficiente após esta data.

RESUMO

O trabalho analisa as possibilidades de utilização do princípio constitucional da eficiência como parâmetro para o exercício do controle dos atos administrativos. Inicia verificando a relação entre Direito Administrativo e Estado de Direito, constituídos sob o conceito de separação dos poderes que, na especialização de funções, exercem funções de natureza administrativa e se valem da prática de atos administrativos para cumprirem tal função. Trata das definições de ato administrativo, descrevendo os seus atributos de presunção de legitimidade ou veracidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade e os elementos que o constitui: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. Verifica as várias classificações propostas pelos autores estudados bem como a possibilidade de convalidação e invalidação destes atos. Em seguida, disserta sobre o controle dos atos administrativos, descrevendo as espécies de controle, como o controle interno, controle externo, controle jurisdicional e controle social, e, também, o controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, devido às particularidades de sua atuação em prol da eficiência no Poder Judiciário. Foca o controle do mérito do ato administrativo, através dos conceitos de discricionariedade administrativa, seus limites, possibilidades e trajetória histórica, que passa cada vez mais a admitir, na doutrina e na jurisprudência, a possibilidade plena de seu controle. Avalia o princípio constitucional da eficiência frente ao Direito Administrativo, verificando seus conceitos, a comparação com os conceitos de eficácia, efetividade e economicidade, as correntes doutrinárias e sua inclusão constitucional no ordenamento de outros países. Analisa o controle efetuado por meio do princípio da eficiência, verificando a conformação constitucional que se submetem os atos administrativos, a força normativa dos princípios, o conflito entre princípios, notadamente entre o da legalidade e da eficiência, e a busca da ponderação entre eles. Expõe uma proposta de controle da eficiência baseado na aferição da adequação constitucional das políticas públicas elaboradas pela Administração e finaliza com a análise da relação da jurisprudência com o princípio da eficiência, trazendo julgados recentes que se utilizaram deste princípio para fundamentar suas decisões.

Palavras-chaves: ato administrativo, controle, princípio constitucional da eficiência.

ABSTRACT

This work analyzes the possibilities of using the constitutional principle of efficiency as a parameter to control the exercise of administrative acts. It starts by checking the relationship between administrative law and the rule of law, both established under the concept of separation of powers that under specialization of functions perform administrative ones and make use of administrative acts to fulfill that role. It also analyzes the definition of administrative act, describing its attributes of legitimacy or veracity presumption, imperativity, self-enforceability, typicality and the elements that compound it: subject, object, form, motive and purpose. It checks the several classifications proposed by the authors and analyzes the possibility of convalidation and invalidation of these acts. It then analyzes the control of administrative acts, describing its kind, like internal, external, jurisdictional and social control, and also the control exercised by the National Council of Justice - CNJ, due to the peculiarities of its performance in favor of Judiciary efficiency. It then analyzes the control of the merits of the administrative act, through the concepts of administrative discretion, its boundaries, possibilities and historical trajectory, passing increasingly to admit, into the doctrine and jurisprudence, the possibility of full control. It evaluates the constitutional principle of efficiency against the Administrative Law, checking their concepts, the comparison with the concepts of efficiency, effectiveness and economy, its doctrinal currents and constitutional insertion in other countries. It analyzes the control made by the principle of efficiency, verifying the constitutional conformation undergoing administrative acts, the normative force of the principles, the conflict between principles, notably between legality and efficiency ones, and the pursuit of balance between them. It exhibits a proposal to control the efficiency based on the assessment of constitutional adequacy of public policies developed by the Administration and concludes with an analysis of the relationship of jurisprudence with the principle of efficiency, bringing recent judgments that used this principle to justify their decisions.

Keywords: administrative act, control, constitutional principle of efficiency

SUMÁRIO

PRÓLOGO	1
INTRODUÇÃO	2
1 ATO ADMINISTRATIVO	5
1.1 DIREITO ADMINISTRATIVO E ESTADO DE DIREITO	5
1.2 DEFINIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO.....	7
1.3 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.	9
1.3.1 Presunção de Legitimidade ou Veracidade e Imperatividade.....	10
1.3.2 Autoexecutoriedade e Tipicidade	11
1.4 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	12
1.4.1 Sujeito, Objeto e Forma.....	14
1.4.2 Motivo e Finalidade	17
1.5 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	19
1.6 CONVALIDAÇÃO E INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	21
2 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	25
2.1 CONTROLE INTERNO	28
2.2 CONTROLE EXTERNO	30
2.3 CONTROLE JURISDICIONAL	33
2.4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ	35
2.5 CONTROLE SOCIAL	37
2.6 CONTROLE DE MÉRITO: DA IMPOSSIBILIDADE À NECESSIDADE	40
3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA	48
3.1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO	49
3.2. CONTROLE POR MEIO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA	53
3.3 JURISPRUDÊNCIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA.....	60
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

PRÓLOGO

Num país com enormes demandas sociais e de infraestrutura como o Brasil, o exercício da função administrativa do Estado ganha especial importância na resolução dos problemas existentes. Esse exercício muitas vezes é explicitado através da prática de um ato administrativo, que deve estar em conformidade com os preceitos constitucionais, na busca pela efetivação dos objetivos fundamentais do Estado Democrático Social de Direito que se deseja ver realmente implantado no Brasil.

O controle do ato administrativo significa também o controle do caminho a ser trilhado para alcançar aqueles objetivos. A utilização do princípio constitucional da eficiência como referencial desse controle se reveste de especial importância por permitir um maior comprometimento com os resultados e também com os meios utilizados para alcançá-los. A atuação eficiente na gestão pública possibilita atingir com maior celeridade, economia e efetividade os resultados que materializem os objetivos fundamentais sociais.

O princípio da eficiência ainda não é objeto de estudo que gere tanta produção acadêmica quanto os demais princípios constitucionais e a sua utilização como fixador de limites ao ato administrativo possui um campo de pesquisa ainda não devidamente explorado.

Para analisar o tema proposto, o trabalho foi dividido em três partes onde, na primeira, é estudado o ato administrativo; na segunda se discorre sobre as espécies de controle deste ato e sobre a necessidade de se controlar também o seu mérito; na terceira parte é analisado o princípio da eficiência frente ao Direito Administrativo, a sua utilização no controle do ato e mostrado decisões recentes que o utilizam este princípio como fundamento.

Além de pesquisar a manifestação da doutrina a respeito do tema, expondo as divergências existentes, são também apresentadas as possibilidades desse controle que, infelizmente, encontra-se em estágio muito aquém perante o longo trajeto a se percorrer.

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito e Direito Administrativo nasceram juntos para proteger o direito dos cidadãos e limitar o poder das autoridades, mesmo objetivo da tripartição dos poderes, além da especialização de funções, e os três poderes se valem da prática dos atos administrativos no exercício das suas funções de natureza administrativa.

Vê-se no presente estudo que, ainda que não haja um conceito legal para defini-los, os atos administrativos são fruto da existência da administração pública e uma das formas utilizadas para alcançar sua finalidade. Embora haja divergências, é possível sintetizar as características expressadas pelos autores estudados para os quais o ato administrativo é uma exteriorização da vontade estatal, estando sujeito ao regime jurídico administrativo, com aptidão de produzir de efeitos jurídicos, sendo sujeito ao controle jurisdicional.

Embora haja divergência na doutrina, pode-se considerar como atributos dos atos administrativos a presunção de legitimidade ou veracidade, a imperatividade, a autoexecutoriedade e a tipicidade. Os elementos do ato administrativo também são objetos de discussão doutrinária e, baseando-se no artigo 2º da Lei 4.717/65, a Lei de Ação Popular, pode-se considerar como elementos a competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Os autores estudados têm vários critérios para classificarem os atos administrativos, não havendo como definir qual a melhor classificação, pois todos atendem ao objetivo do autor que a elaborou.

O ato administrativo constitui norma jurídica, mas nem sempre é editado conforme a prescrição legal. Desta forma, a teoria da invalidade dos atos administrativos analisa a forma de convalidação e invalidação destes a fim de restaurar a legalidade nos casos que esta não tenha sido atendida quando da edição deste ato.

Neste trabalho se observa que o controle estatal é noção fundamental do Estado de Direito e do Direito Administrativo, uma vez que o Estado deve se subordinar à lei, mas para o exercício deste controle a sociedade deve contar com mecanismos para que este seja realizado também de forma eficiente. São apresentados os tipos de controle do ato administrativo, que pode ser exercício por

quem o pratica (controle interno), pelo Poder Legislativo (controle externo, no qual se insere os Tribunais de Contas), pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional) e também diretamente pela sociedade através do controle social. Também é apresentada uma análise sobre o funcionamento do Conselho Nacional da Magistratura – CNJ tendo em vista suas particularidades no controle e na busca da eficiência no Poder Judiciário.

O controle da eficiência do ato administrativo requer o chamado controle do mérito, intrinsicamente ligado ao tema da discricionariedade, onde também se encontram inúmeras divergências na doutrina. O presente trabalho estuda estas divergências quanto à terminologia, justificativa da existência, teorias para justificar os limites da discricionariedade e a possibilidade de seu controle, verificando que gradualmente esta possibilidade de controle está aumentando, com cada vez mais autores defendendo esta concepção bem como aumentando as decisões jurisdicionais que adentram o mérito administrativo.

O presente trabalho disserta sobre o princípio da eficiência no Direito Administrativo verificando a sua incidência histórica neste ramo do Direito, sua influência nas Constituições estaduais a partir de sua posituação constitucional através da emenda 45/98 e as referências a este princípio no ordenamento constitucional de outros países. Na doutrina nacional se observa a existência de três correntes em relação à importância do princípio da eficiência: uma majoritária que não reconhece a eficiência como princípio basilar da administração pública; uma segunda corrente que considera a eficiência como dever da administração, mas decorrente do princípio da moralidade; e a terceira corrente que consagra o princípio da eficiência como vetor constitucional conformador da atuação estatal. É apresentado um conceito de eficiência, que se trata de um conceito jurídico indeterminado, que se distingue dos conceitos de eficácia, efetividade e da economicidade e a necessidade de se analisá-los no contexto constitucional.

No exame do exercício do controle por meio do princípio da eficiência, mostra-se que o administrador deve utilizar os referenciais da eficiência administrativa para atingir a finalidade pública, pois os princípios constitucionais sempre vinculam as opções administrativas. Verifica-se, no constitucionalismo moderno, a força normativa dos princípios e o tratamento utilizado quando entes entram em colisão, que não passa pelo afastamento, puro e simples, de um deles, mas pela aplicação de uma técnica de ponderação de princípios. O conflito entre os

princípios da legalidade e da eficiência é analisado, verificando-se o trajeto histórico efetuado por aquele, com a mudança da sua concepção e aplicação ao longo do tempo.

O presente trabalho observa que, para a verificação da eficiência dos atos administrativos, a estrutura dos Tribunais de Contas, caracterizada por um corpo técnico capacitado, se constitui em uma das condições para o exercício de tal controle, analisando uma proposta de controle que dispõem estes órgãos, que é a aferição da conformidade constitucional das políticas públicas elaboradas pela Administração Pública. Por fim, é apresentado exemplos de decisões jurisprudenciais que, ainda sendo minoria, se utilizam do princípio da eficiência para julgar os casos que lhes são apresentados.

1 ATO ADMINISTRATIVO

1.1 DIREITO ADMINISTRATIVO E ESTADO DE DIREITO

Quando Luiz XIV (1643-1715) proferiu sua famosa frase “O Estado sou eu”,¹ o Direito Administrativo não estava a lhe conformar os atos. Símbolo do Estado Absolutista, onde “inexistiam disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados”,² o imperador francês governou uma sociedade onde as normas de direito que existiam, tinham como finalidade regular as relações entre particulares, não regendo as relações entre o poder público e os administrados,³ sendo caracterizada pela existência de estamentos sociais, cada qual com seu estatuto jurídico.

A Revolução Francesa, símbolo da institucionalização do Estado de Direito, onde “os governantes e autoridades públicas submetem-se ao direito e são objetos de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima e fora do direito”,⁴ foi palco do nascimento do Direito Administrativo, com a criação do Conselho de Estado, em 15 de dezembro de 1799, “que, com suas decisões, forjou estes princípios e concepções que se converteram no se chama de ‘Direito Administrativo’”.⁵

De qualquer forma, a vinculação entre Direito Administrativo e Estado de Direito é recorrente na doutrina brasileira, pois este ramo do Direito só poderia existir, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, quando o Estado estivesse, como todo, conformado pela ordem jurídica, restrito ao campo de atuação estabelecido genericamente pelo quadro normativo.⁶ Para Odete Medauar, “somente sob a inspiração da ideia de Estado de direito seria possível fixar preceitos que

¹ No original, “*L’État c’est moi*”, “cujo significado é a essência do absolutismo”. MORAIS, Ezequiel. *A inexistência de novação na confissão de dívida bancária*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, coordenadora. *Outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. v. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 4.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.39.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p.39.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.27.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p.39.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*..., p.47.

protegem direitos dos indivíduos, perante a Administração, limitando o poder das autoridades”.⁷

O conceito de que o Direito Administrativo surge para limitar o poder estatal também é recorrente entre a doutrina e pode ser resumido na descrição de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem o Direito Administrativo é “um filho legítimo do estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, e arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do poder”.⁸

Deste século XVIII remonta também o conceito de tripartição de poderes pensado por Montesquieu, que consiste na separação das estruturas organizacionais do Estado, com ausência de subordinação e com diferentes funções entre elas, criando um sistema de pesos e contrapesos e permitindo o controle do poder pelo próprio poder.⁹

No entendimento clássico são identificadas três funções diversas: a legislação, elaboração de normas gerais e abstratas; a jurisdição, aplicação da lei para solucionar os conflitos; e administração, atendimento concreto dos interesses coletivos.¹⁰

As funções citadas são exercidas pelos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, respectivamente, ainda que não de modo exclusivo, pois todos os poderes podem, acessoriamente, desempenhar as demais funções. No Brasil, todos os poderes exercem funções de natureza administrativa¹¹ e, no exercício desta, se valem da prática dos atos administrativos.

⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. ..., p. 27.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ..., p.48.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 25.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 26-27. Para o autor, o Poder Legislativo desempenha as três funções, o Judiciário as funções jurisdicional e administrativa e o Executivo as funções administrativa e legislativa, tendo em vista a não caracterização como função jurisdicional da atividade de composição de conflitos, mas como mera atividade de julgamento.

1.2 DEFINIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO.

O ato administrativo é fruto da existência da administração pública. No entanto, a noção de ato administrativo apenas existe nos países onde se é concebido um regime jurídico-administrativo, ao qual se sujeita a administração pública, diferente do regime de direito privado. Nos países onde impera o sistema de *common law* (como Estados Unidos e Inglaterra), conquanto exista o Direito Administrativo, a administração pública se submete a um regime igual se submetem os particulares, ou seja, o direito é comum a ambas espécies de sujeitos. Nestes países, a ideia de ato administrativo, tal qual concebemos, não é adotada.¹²

Todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração e, ainda que seja desconhecido o momento em que a expressão tenha sido inicialmente utilizada, o primeiro texto legal que se refere a atos da administração pública em geral foi a Lei de 16-24/08/1790, que proibia aos Tribunais julgar “operações dos corpos administrativos”, sendo seguida pela Lei de 3/9/1795, com a mesma vedação.¹³ Na doutrina, a primeira menção que se tem notícia sobre ato administrativo ocorre no Repertório Merlin, de jurisprudência, na edição de 1812, o qual é definido como “ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com a sua função”.¹⁴

Não há conceito legal para ato administrativo, advindo deste fato a divergência doutrinária quanto à sua definição, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁵ Para este autor, não há obrigação, do ponto de vista lógico, de uma coincidência de opiniões a respeito das qualidades ou características que devam ser compartilhados pelos atos administrativos.¹⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua ato administrativo como “a declaração do Estado ou quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos,

¹² ULLA, Décio Carlos. *Oncepto y Caracteres de lacto administrativo*. In: Vários autores. *Acto administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1982, p.24 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 192.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 191. Segundo a autora, tais normas deram origem ao contencioso administrativo na França, com a necessidade de elaborar listas dos atos da administração excluídos da apreciação judicial, devido à separação das competências.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 191.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 375.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 376.

com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.¹⁷

Para Helly Lopes Meirelles, “ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.¹⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua ato administrativo como “a manifestação unilateral de vontade da administração pública, que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes”.¹⁹

Para Marçal Justen Filho, “ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa”.²⁰ Para este autor, a vontade é funcional por ser vinculada à satisfação das necessidades coletivas, embora se pudesse referir a uma vontade institucional, indicando a compatibilidade entre a decisão do indivíduo e a realização dos fins preconizados pela instituição.²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua ato administrativo como “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.²²

Verifica-se que Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro utilizam o vocábulo declaração no lugar de manifestação, utilizado pelos demais autores mencionados. Di Pietro justifica esta opção tendo em vista ser sempre a declaração uma exteriorização do pensamento, enquanto que o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem ser um ato administrativo²³. Marçal Justen Filho utiliza a mesma justificativa de exteriorização da vontade para justificar a escolha do termo manifestação,

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 196.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.133.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 273.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 274.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 385.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 195.

considerando que declaração indica simplesmente uma alteração no universo dos fatos.²⁴

A par das divergências, que podem ser consideradas superficiais, é possível extrair as características presentes em todos os conceitos mencionados. Para os autores estudados, o ato administrativo é uma exteriorização da vontade estatal; está sujeito ao regime jurídico administrativo; é apto a produção de efeitos jurídicos; é sujeito ao controle jurisdicional (ainda que só explicitado nos conceitos de Di Pietro e Bandeira de Mello, esta sujeição está implícita nos demais autores).

1.3 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.

Na visão de Justen Filho, o entendimento dos atributos, embora sob o signo da influência de ideias não democráticas de Estado, foi afetado pela implantação da democracia republicana, advindo daí a fundamental observação de que os chamados atributos não devem ser considerados como propriedades intrínsecas do ato administrativo, tampouco consequência da condição estatal do agente produtor deste ato. Tais atributos devem ser compatíveis com os preceitos constitucionais por serem uma consequência do direito, não podendo se atribuir ao ato aquilo que o direito não atribui ao Estado.²⁵

Não há, entre os doutrinadores consultados, uniformidade conceitual na indicação dos atributos do administrativo. Justen Filho considera ser a legitimidade, exigibilidade e autoexecutoriedade estes atributos,²⁶ no mesmo sentido de Meirelles, que também utiliza os termos imperatividade e exigibilidade como sinônimos.²⁷ Moreira Neto trás uma extensa lista de oito atributos: imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, efetividade e relatividade.²⁸

Para Bandeira de Mello, são atributos a presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade. O autor considera que a exigibilidade se distingue da executoriedade, pois aquela não garante, por si só, a possibilidade

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 273.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 300.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 300.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ..., p.141.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 137.

de coação material, existindo atos dotados de exigibilidade que não possuem executoriedade.²⁹ Di Pietro considera atributos a presunção de legitimidade ou veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade (executoriedade), acrescentando também o atributo da tipicidade,³⁰ cujas definições são adotadas no presente estudo e analisadas a seguir.

1.3.1 Presunção de Legitimidade ou Veracidade e Imperatividade

Di Pietro considera que, embora existam interpretações que consideram as expressões legitimidade e veracidade sinônimas, elas podem ser entendidas separadamente por compreenderem situações diferentes. Na visão da autora, a presunção de legitimidade se refere à conformidade do ato com a lei; advindo deste atributo a presunção de que os atos administrativos foram emitidos conforme o que determina a lei. Já a presunção de veracidade está relacionada aos fatos, que são considerados dotados de fé pública quando alegados pela Administração, em decorrência deste atributo.³¹

Para Meirelles, um dos efeitos da presunção de legitimidade é a autorização imediata para implementar o ato administrativo, mesmo em face da arguição de vícios e defeitos que levem à invalidade, até que haja a pronúncia de nulidade destes atos.³² Quanto a esta característica, Justen Filho observa que a presunção é relativa, cabendo ao terceiro o ônus da prova da ilegitimidade do ato, mas tão somente quanto aos fatos, uma vez que não se produz prova quanto ao direito.³³

Di Pietro observa que os Estatutos dos Servidores Públicos costumam mitigar este rigor, ao incluir o princípio da obediência, entre os deveres do servidor, a menos que o ato seja manifestamente ilegal.³⁴ Para a autora, citando Micheli, a inversão do ônus da prova não libera a administração de provar que os fatos que

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 419.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 197.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 198.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ..., p.141.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 303.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 198. Neste sentido, o Estatuto do Servidor do Paraná, Lei 6.174/70, estabelece como dever do servidor no artigo 279, VII "Obediência às ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais".

fundamentaram a edição do ato são verdadeiros, tendo em vista a legislação prevê, em vários momentos, a possibilidade do juiz ou promotor público requisitar da Administração documentação que comprovem suas alegações.³⁵ Um exemplo desta mitigação da inversão do ônus da prova pode ser observado na decisão, proferida pelo juiz Fernão Borba Franco, em que anula o ato administrativo praticado, afastando o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos, em ação movida contra multa imposta pela Administração.³⁶

Por força do atributo da imperatividade, os atos administrativos impõem obrigações a terceiros independentemente de seu consentimento, devido a prerrogativas do poder público, ainda que não exista em todos os atos administrativos, segundo Di Pietro. Para a autora, em se tratando de ato que confira direitos solicitados pelo administrado (licença, autorização, permissão, admissão) ou no caso de ato meramente enunciativo (certidão, atestado, parecer), inexistente tal atributo.³⁷ Para Meirelles, este atributo decorre da simples existência do ato administrativo, independente da sua declaração de validade ou invalidade, fazendo com que, enquanto não for revogado ou anulado, deva ser cumprido ou atendido todo ato dotado de imperatividade.³⁸

1.3.2 Autoexecutoriedade e Tipicidade

Este atributo confere a Administração o poder de executar ato administrativo sem a intervenção do Poder Judiciário, por seus próprios meios coercitivos, sendo que não se encontra presente em todo este tipo de ato, segundo Di Pietro.³⁹ Para a autora, a autoexecutoriedade somente é possível quando prevista expressamente em lei ou quando se tratar de medida urgente que, em caso de inação, possa causar prejuízo mais grave para o interesse público. Meirelles justifica o uso da expressão

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 199.

³⁶ CADERNOS JURÍDICOS / Escola Paulista da Magistratura V. 4, nº 15 (maio-junho/2003) - São Paulo: Escola Paulista da Magistratura/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003, p.15. Disponível em: www.epm.tjsp.jus.br/FileFetch.ashx?id_arquivo=16700. Acesso em: 01 de novembro de 2012.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 200.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ..., p.144.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 200.

autoexecutoriedade no lugar de executoriedade, utilizada por alguns autores, tendo em vista ser o prefixo “auto” o indicador da condição do ato ser executável pela própria Administração.⁴⁰

Não considerado atributo pelos demais autores estudados, tipicidade é o atributo pelo qual o “ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados”, segundo Di Pietro.⁴¹ Para a autora, existe um ato definido em lei para cada finalidade que Administração pretende alcançar, pois se trata de decorrência do princípio da legalidade, o qual impossibilita a Administração de praticar atos inominados. Salienta, ainda, que a tipicidade representa uma garantia para o administrado, pois não permite a prática de atos de imperatividade e executoriedade, que vinculem unilateralmente terceiros, sem a devida previsão legal.⁴²

A tipicidade apenas existe nos atos unilaterais, não existindo nos contratos, pois estes dependem também da vontade do particular, não havendo imposição da vontade da Administração, o que não impede, em atendimento ao interesse público e do particular, que se convençionem um contrato inominado.⁴³

1.4 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a noção de ato administrativo surgiu para diferenciar um tipo de ato estatal, com características próprias, dos atos civis (privados) e dos atos típicos dos poderes legislativos e judiciários (lei e sentença, respectivamente).⁴⁴ Desta forma, cabe analisar os elementos que caracterizam o ato administrativo e que o difere dos demais tipos de atos. Também aqui, há divergência doutrinária quanto ao elenco e mesmo em relação à terminologia, uma vez que o vocábulo elemento não é utilizado por todos os autores. Hely Lopes Meirelles utiliza o termo *requisitos*, enquanto que Marçal Justen Filho emprega a palavra *aspectos*.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ..., p.141.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 201.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 201.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 202.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 383.

A maioria da doutrina consultada elenca cinco elementos – sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. Tal elenco se origina no disposto na Lei nº 4.717, de 29/06/65, a Lei de Ação Popular, cujo artigo 2º cita os cinco elementos do ato administrativo: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Há divergência entre os autores em relação aos elementos sujeito, alguns preferindo utilizar o conceito de competência, e objeto, ao qual preferem conteúdo.⁴⁵

Di Pietro justifica a preferência pelo termo sujeito em detrimento de competência por ser este apenas um dos atributos do sujeito que emite o ato, da mesma forma que o é a capacidade do sujeito, que deve ser competente e capaz,⁴⁶ e considera como sinônimos as expressões objeto e conteúdo.⁴⁷ Bandeira de Mello considera como elementos, tomados como aqueles que são parte componente de um todo, apenas o conteúdo e a forma. Para este autor, as demais expressões não podem ser consideradas como partes, pois lhe são exteriores, devendo ser tratadas como pressupostos, que se dividem em de existência e de validade.⁴⁸

Nesta teoria, o objeto e a pertinência do ato ao exercício ao exercício da função administrativa são considerados como pressupostos de existência, que condicionam a existência do ato administrativo. Já os pressupostos de validade são divididos em: 1) pressuposto subjetivo (sujeito); pressupostos objetivos (motivo e requerimentos procedimentais); 3) pressuposto teleológico (finalidade); 4) pressuposto lógico (causa); e pressupostos formalísticos (formalização).⁴⁹

Embora assista razão a Bandeira de Mello, uma vez que, por exemplo, sujeito não é elemento do ato administrativo, pois quem pratica o ato não passa a fazer parte dele, como assevera Justen Filho, que considera superficiais as divergências doutrinárias.⁵⁰ Desta forma, adota-se no presente trabalho a concepção estabelecida por Di Pietro, a qual é analisada em seguida.

⁴⁵ Utilizam o termo sujeito Di Pietro, Justen Filho e Bandeira de Mello, este como pressuposto e não como elemento, enquanto que Meirelles e Moreira Neto preferem empregar competência. Com relação ao vocábulo objeto, é utilizada por Di Pietro, Meirelles e Moreira Neto ao passo que o termo conteúdo é defendido por Bandeira de Mello e Justen Filho. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 202, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 271, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 392, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ..., p.134, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 133.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 202.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 206.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 392.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 392-393.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 291.

1.4.1 Sujeito, Objeto e Forma

Para Di Pietro, “sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato”. Para a autora, conquanto no direito civil o sujeito necessite ser titular de direitos e obrigações que possa exercer, ou seja, ter capacidade, no direito administrativo faz-se necessário possuir também competência, que é o “conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”.⁵¹ Moreira Neto assevera que a capacidade não tem muita relevância, pois o importante é saber se a manifestação de vontade da Administração partiu de ente, órgão ou agente legalmente competente para exprimi-la e de vinculá-la juridicamente.⁵²

Embora a competência esteja relacionada ao sujeito, a sua titularidade não é atribuída a este, mas sim ao cargo ou função exercido. Desta forma, os titulares de competência administrativa são tão somente os detentores de cargo ou função pública.⁵³ Di Pietro assinala que a competência sempre decorre de lei, não podendo o próprio órgão estabelecer por conta própria; é inderrogável, tanto por vontade da Administração, quanto por acordo com terceiros; e pode ser objeto de delegação, transferência da competência, ou de avocação, tomar para si o poder de praticar o ato, desde que não se refira à competência exclusiva de determinado órgão ou agente.⁵⁴

O tema da competência administrativa foi disciplinado no capítulo VI da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, onde se encontra determinado no artigo 11 que “a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”. Ainda que pareça ser a delegação possível apenas quando permitido por lei, o artigo 12 da referida lei estabelece a possibilidade de delegação, a menos que haja impedimento legal.⁵⁵ Desta forma, como assevera Di Pietro, a possibilidade de delegação é a

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 203.

⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 133.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 292.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 204.

⁵⁵ Lei 9.784/99 - Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam

regra, sendo a impossibilidade exceção, que só ocorre quando se refira à competência outorgada com exclusividade a determinado órgão.⁵⁶ Da mesma maneira, é regra geral a possibilidade de avocação, ainda que o artigo 15 da citada lei restrinja a possibilidade de avocação, temporariamente admitida e somente por motivos relevantes devidamente justificados.⁵⁷

Conforme assinalado, parte dos autores estudados diferencia objeto de conteúdo. Para Bandeira de Mello, conteúdo e objeto seriam duas realidades distintas, pois, seguindo o ensinamento de Zanobini, conteúdo dispõe sobre alguma coisa, esta sim, o objeto do ato.⁵⁸ Para Di Pietro, objeto ou conteúdo é o efeito jurídico imediato produzido pelo ato. A autora considera que, ao partir da noção de que o ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico, que tem o objeto como elemento, nada impede, sendo até mesmo aconselhável, que se utilize a mesma terminologia no direito administrativo.⁵⁹ A autora afirma ainda que, tal como no direito privado, o objeto deve ser lícito (segundo a lei), possível (executável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido em relação ao destinatário, efeitos, tempo e lugar) e moral (adequado com aos padrões comuns de comportamento social).⁶⁰

Di Pietro identifica duas concepções de forma na doutrina: uma concepção restrita, na qual forma é a exteriorização do ato; uma concepção ampla, na qual se inclui também todas as formalidades necessárias. Na concepção restrita se considera cada ato isoladamente, enquanto que na concepção ampla de forma, considera-se o ato dentro de um procedimento.⁶¹ De qualquer forma, tanto a não observação da forma quanto a do procedimento, levam ao mesmo resultado, que é a ilicitude do ato. Para a autora, a observância das formalidades é requisito de validade do ato administrativo, de tal forma que o procedimento administrativo faz parte do conceito de forma.⁶²

hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 205.

⁵⁷ Lei 9.784/99 - Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 394.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 206.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 206.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 207.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 208.

Justen Filho assinala que, assim como nos demais ramos do direito, a natureza instrumental da disciplina quanto à forma tem por objetivo realizar o valor da segurança jurídica, sendo as regras de forma dos atos administrativos uma garantia do controle das competências administrativas e dos poderes estatais.⁶³ Para Di Pietro, o aspecto formal do ato assume muito maior relevância no direito administrativo do que no direito privado, uma vez que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento se configura em garantia jurídica tanto para o administrado quanto para a administração.⁶⁴ A forma dos atos administrativos é livre, a menos que haja forma determinada em lei, conforme expresso no artigo 22 da Lei 9.784/99 (Processo Administrativo Federal).⁶⁵

Os atos administrativos podem se manifestar através de ordens verbais, gestos, apitos ou outros sinais que expressem a vontade da Administração. Exemplo desta hipótese se encontra na Resolução nº 180, de 26/08/05, do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN que aprova o Volume I do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito onde se estabelece a uniformização e padronização para a Sinalização Vertical de Regulamentação, qual seja as placas de trânsito, como proibido estacionar, ultrapassar, etc. Tais placas expressam a vontade da administração, estabelecendo obrigações ao administrado, mesmo sem sua concordância.

Mesmo o silêncio pode significar uma forma de manifestação da vontade, como no exemplo citado por Di Pietro em a lei determina um prazo, no término do qual a falta de manifestação da Administração significa concordância ou discordância.⁶⁶ Para a autora, a motivação, exposição dos fatos e do direito que fundamenta a prática do ato, integra o conceito de forma do ato administrativo e sua ausência impossibilita a verificação da legitimidade do ato.⁶⁷ Bandeira de Mello não considera ser o silêncio um ato administrativo, tendo em vista sê-lo um fato, não um ato jurídico. Para o autor, ainda que fosse possível considerá-lo um ato, mesmo já

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 294.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 208.

⁶⁵ Lei 9.784/99 - Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.

§ 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 208.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 208.

demonstrada esta impossibilidade, estar-se-ia na hipótese de um ato sem qualquer forma (que se mostra logicamente impossível) e ilícito, pois a formalização é uma garantia decorrente do princípio da segurança jurídica, além da incidência deste pseudo-ato no vício da falta de motivação.⁶⁸

1.4.2 Motivo e Finalidade

Como visto, a motivação faz parte do conceito de forma, mas, no entanto, não se pode confundir motivação e motivo. Enquanto aquela é a exposição do motivo, estes são os pressupostos de fato e de direito que fundamentam o ato. Pressuposto de direito é o dispositivo legal no qual se baseia o ato, enquanto que pressuposto de fato corresponde ao conjunto de acontecimentos que levam a prática do ato pela Administração.⁶⁹ Em que pese haver dissonância entre os autores estudados quanto à obrigatoriedade de motivar todo e qualquer ato administrativo, Di Pietro se posiciona a favor da motivação como regra, pois sem ela não haveria meios de se conhecer e controlar a legitimidade dos motivos da prática do ato pela Administração.⁷⁰

Moreira Neto, ainda que considere ser a motivação obrigatória apenas para atos decisórios e para aqueles que a lei exija, pondera que sua explícita adoção tem grande valor para a moralidade administrativa e para facilitar o exercício do controle político e jurídico.⁷¹ Bandeira de Mello, considerando retrógrada a posição de quem só considera obrigatória a motivação na exigência de lei, afirma que a exigência de motivação contemporânea à prática do ato administrativo deve ser considerada regra geral, tendo em vista que saber por que foi editado um ato, ou seja, que fundamento o justificam, é um direito dos cidadãos em um Estado que se qualifica como “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*, CF).⁷² O autor registra que o artigo 2º, VII da Lei 9.784/99 determina a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão”, indicando a generalização do dever de motivar.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 414-415.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 210.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 211.

⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 136.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 401-402.

Esclarece, ainda, que o artigo 50 da mencionada lei contradiz o entendimento acima, ainda que traga uma relação de hipóteses para a motivação bastante abrangente, mas que a restrição apenas às hipóteses dispostas neste artigo lhe parece inconstitucional.⁷³

Ainda com relação ao motivo do ato administrativo, há a Teoria dos Motivos Determinantes, na qual os motivos indicados como fundamento integram a validade do ato, de forma que, se inexistentes ou falsos, implicam em sua nulidade. Desta maneira, uma vez que a Administração tenha motivado o ato, mesmo que a lei não exija tal motivação, ele só terá validade caso sejam verdadeiros os motivos que o fundamente.⁷⁴ Verifica-se que a esta teoria não se aplica a quem considera ser regra geral a exigência de motivação, pois esta é considerada um dever da Administração e um direito do cidadão, independentemente de lei com tal exigência.

Segundo Di Pietro, finalidade consiste no resultado que a Administração deseja alcançar ao praticar o ato administrativo, sendo o efeito jurídico mediato, enquanto o objeto é o efeito imediato (aquisição, transformação ou extinção de direitos) produzido pelo ato. A finalidade sucede à prática do ato, visto corresponder ao bem jurídico objetivado pela Administração com sua edição, o que a distingue do motivo, este antecedendo à prática do ato administrativo.⁷⁵ Para a autora, a finalidade pode ser considerada em sentido amplo, correspondendo à consecução de um resultado de interesse público, e em sentido restrito, quando decorrente explícita ou implicitamente de lei.⁷⁶

No conceito de Moreira Neto a finalidade contempla os dois sentidos acima, pois, na sua visão, finalidade é “o aspecto específico de interesse público, explícita ou implícita expresso na norma legal, que se pretende satisfazer pela produção dos efeitos jurídicos esperados do ato administrativo”.⁷⁷ Justen Filho considera uma asserção inútil para o direito administrativo afirmar a vinculação dos atos aos fins, devido à busca da realização do interesse público, por considerar que existem interesses públicos complexos e contraditórios entre si, significando que há inúmeras manifestações de interesse público e, ao invés de se afirmar tal vinculação, é fundamental determinar, no caso concreto, quais os interesses que

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 403-404.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 211.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 209.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 209-210.

⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 134.

devem ser protegidos e em que medida o serão. Para o autor, talvez estejamos defronte ao principal problema do direito administrativo: “transformar postulados abstratos e indeterminados (interesse público, Bem Comum) em conceitos operacionais e práticos, que permitam controlar o exercício do poder estatal”.⁷⁸

Este problema de operacionalizar a transformação de conceitos indeterminados, conforme levantado por Justen Filho, afeta também a utilização do princípio constitucional da eficiência, posto ser este também um conceito jurídico indeterminado. Em se servindo o agente de um ato para satisfazer finalidade estranha à natureza do ato utilizado, tem-se a ocorrência do desvio de poder. Neste caso, há a má utilização da competência possuída pelo agente para a prática do ato, configurada na busca de uma finalidade que não pode ser buscada ou, em se podendo, não pode sê-lo através do ato praticado.⁷⁹

1.5 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Mais uma vez não há uniformidade na classificação dos atos administrativos pelos autores estudados, que utilizam os mais diversos critérios possíveis, não havendo como, nem motivo, para indicar qual a melhor classificação adotada, pois cada uma atende a um objetivo de seu autor. Para fins deste estudo, a classificação dos atos não é matéria que desperte interesse ou que auxilie na sua compreensão e, desta forma, será descrito a seguir será a concepção, de forma geral, de cada autor estudado.

Moreira Neto é generoso na sua classificação, adotando catorze critérios: da natureza da relação, da competência, da formação da relação jurídica, da existência, da validade, da eficácia, da exequibilidade, da executoriedade, da natureza do vínculo relacional, da extensão dos efeitos, da duração dos efeitos, da competência, da forma e o misto, combinando efeitos visados e forma assumida.⁸⁰

Meirelles classifica inicialmente os atos administrativos quanto aos seus destinatários, em atos gerais e individuais; quanto ao seu alcance, em atos internos

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 298.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 406.

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 142.

e externos; quanto ao seu objeto, em atos de império, de gestão e de expediente; e quanto ao seu regramento, em atos vinculados e discricionários.⁸¹ Este autor apresenta, ainda, as classificações quanto à formação do ato, em ato simples, complexo e composto; quanto ao conteúdo, em ato constitutivo, declaratório, alienativo, modificativo ou abdicativo; quanto à eficácia, em ato válido, nulo e inexistente; quanto à exequibilidade, em ato perfeito, imperfeito e consumado; quanto à retratabilidade, em ato irrevogável, revogável e suspensível; quanto ao modo de execução, em ato auto-executório e não auto-executório; quanto ao objetivo visado pela Administração, em ato complementar, intermediário, ato-condição e ato de jurisdição; e quanto aos efeitos, em constitutivo, desconstitutivo e de constatação.⁸²

Para Justen Filho, as classificações mais úteis são: quanto ao conteúdo, em atos normativos e não normativos; quanto aos destinatários, em atos gerais e individuais; quanto ao âmbito da aplicação, em atos internos e externos; quanto ao número de partes, em ato unilateral, bilateral e plurilateral; quanto à estrutura subjetiva da competência, em atos simples ou compostos, que se dividem em coletivos e complexos; quanto à natureza, em ato de expediente, consultivos, decisórios e de execução; quanto aos efeitos dos atos decisórios, em ato declaratório, constitutivo ou condenatório.⁸³

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os atos administrativos quanto à natureza da atividade, em ato de administração ativa, consultiva, controladora ou ato de controle, verificadora e contenciosa; quanto à estrutura do ato, em ato concreto e abstrato; quanto aos destinatários, em atos gerais e individuais; quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática, em atos ditos discricionários, que para o autor melhor se denominariam atos praticados no exercício de competência discricionária, e vinculados; quanto à função da vontade administrativa, em atos negociais ou negócios jurídicos e atos puros ou meros atos administrativos; quanto aos efeitos, em ato constitutivo e declaratório; quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados, em ato ampliativo e restritivo; quanto à situação de terceiros, em ato interno e externo; quanto à composição da vontade produtora do ato, em ato simples, que podem ser singulares ou colegiais, e ato complexo; quanto

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ..., p.146.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ..., p.154-161.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 305-308.

à formação, em ato unilateral e bilateral; quanto à natureza das situações jurídicas que criam, em atos-regra, atos-subjetivos e atos-condição; e quanto à posição jurídica da Administração, em ato de império e de gestão, que se encontra em desuso, preferindo utilizar atos de direito privado praticados pela Administração e atos regidos pelo direito público.⁸⁴

Di Pietro entende serem os critérios de classificação quanto às prerrogativas com que atua a Administração, em ato de império e gestão; quanto à função da vontade, em atos administrativos propriamente ditos e puros ou meros atos administrativos; quanto à formação da vontade, em ato simples, complexo e composto; quanto aos destinatários, em geral e individual; quanto à exequibilidade, em ato perfeito, imperfeito, pendente e consumado; e quanto aos efeitos, em ato constitutivo, declaratório e enunciativo.⁸⁵

1.6 CONVALIDAÇÃO E INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A função administrativa, como já visto, é realizada principalmente por meio da edição de atos administrativos, que nem sempre são editados de acordo com o estabelecido em lei e, considerando que o ato administrativo constitui norma jurídica, faz-se necessário analisar a questão dos planos de perfeição, validade e eficácia, matéria esta que não tem encontrado solução pacífica na doutrina. Perfeição diz respeito ao atendimento dos requisitos referentes à existência dos elementos do ato administrativo, sendo que a perfeição se realiza através da publicação ou comunicação do ato, conforme o caso.⁸⁶

Afirmar a validade de um ato administrativo não é uma questão menor e, mais uma vez, encontra-se divergência doutrinária. Entretanto, a doutrina se utiliza de três conceitos de validade: validade constitucional, utilizado para nomear normas elaboradas em conformidade com os preceitos de determinado sistema jurídico-positivo; validade fática, empregado para designar normas capazes da produção de

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 422-430.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 219-224.

⁸⁶ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 32-34. A autora adota o conceito de ato administrativo que considera como elementos conteúdo e forma, sendo o objeto pressuposto de existência.

efeitos, de vigorarem; e validade ideal, usado para designar as regras cuja validade ocorre em razão de serem argumentadas por meio da própria doutrina. A controvérsia doutrinária pode ser observada através das palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “a questão se complica, quando ouvimos expressões como ‘norma válida, com eficácia suspensa’, isto é, a norma faz parte do ordenamento, mas não pode ser aplicada, ou ‘norma eficaz, mas sem vigência’, isto é, norma que foi e vem sendo aplicada, gerando inclusive, consequências, embora não exista para o sistema”.⁸⁷ Diante de cenário, adota-se no presente estudo o conceito citado por Weida Zancaner, a partir da teoria elaborada por Hans Kelsen, para quem “uma norma jurídica é válida quando criada de acordo com os preceitos estabelecidos pelo sistema em que se pretende se inserir”.⁸⁸

Com relação à eficácia do ato administrativo, este será eficaz se este estiver pronto para a produção de seus efeitos, não se encontrando dependente da ocorrência de qualquer evento posterior, como o termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade e, desta forma, concluindo o estudo dos planos de perfeição, validade e eficácia, observa-se que um ato pode ser: perfeito, válido e eficaz; perfeito, inválido e eficaz; perfeito, válido e ineficaz; e perfeito, inválido e ineficaz.⁸⁹ A teoria de invalidade dos atos administrativos tem como foco de análise do princípio da legalidade e, desta forma, analisa os mecanismos de convalidação e invalidação destes atos como forma de restauração da legalidade nos casos em que a edição do ato praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico.

A invalidação, também conhecida por anulação, é a supressão de um ato administrativo, de uma relação jurídica gerada por ele, ou de ambos, com eficácia *ex tunc*, tendo em vista terem sido elaborados em desacordo com a ordem jurídica, podendo ser declarado pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário. Mas a fim de se restaurar o princípio da legalidade, não é obrigatória realizar a invalidação do ato administrativo, pois pode ocorrer que haja a possibilidade de convalidá-lo. A convalidação “é o suprimento de invalidade de um ato com efeitos retroativos”,⁹⁰ sendo um ato, exarado pela Administração Pública, para eliminar seus defeitos e proteger os efeitos por ele produzidos. Conforme assinala Carlos Ari Sundfeld, “a

⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 57-58 *apud* ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. ..., p. 32-34.

⁸⁸ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. ..., p. 42.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 389-390.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 478.

convalidação é um novo ato administrativo, que difere dos demais por produzir efeitos *ex tunc*. É dizer, retroativos. Não é mera repetição do ato inválido com a correção do vício; vai além disto”. Observa ainda, o autor, que por tal motivo, a possibilidade de praticá-lo depende, em tese, de dois fatores: a) da possibilidade de se repetir o ato ilegal, sem os vícios existentes, porque assim poderia ter sido praticado à época; e b) da possibilidade deste novo ato produzir efeitos retroativos.⁹¹

A lei 9.784/99, Lei Geral do Processo Administrativo, proporcionou considerável avanço ao instituto da convalidação, ao admiti-la expressamente no artigo 55, segundo o qual “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”, encerrando antiga discussão doutrinária a cerca da possibilidade de convalidação de atos administrativos.⁹²

Parte da doutrina trata a invalidação ou convalidação como se fossem faculdades à disposição do administrador público que, em análise do caso concreto, se utilizaria de critérios discricionários para decidir. Tal posição carece de fundamento, pois o exercício de faculdades discricionárias pela Administração Pública só é possível em face de lei que as estabeleçam, o que não ocorre no presente caso, pois inexistente norma jurídica que confira à Administração a possibilidade de decidir, a seu entender, a invalidação ou convalidação de seus atos com vícios.⁹³ Desta forma, frente a um ato administrativo viciado, a Administração deve invalidá-lo quando este não comportar convalidação, devendo convalidá-lo sempre que o ato comportá-la, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, à exceção do caso de ato discricionário editado por autoridade incompetente, onde ao administrador pode optar pela convalidação ou anulação, ao seu entendimento.⁹⁴

A revogação é uma das formas de extinção do ato administrativo, assim como a invalidação, mas são, no entanto, absolutamente distintos tanto em relação aos seus fundamentos, às condições que os deflagram ou aos efeitos que produzem. Ao contrário da invalidação, dever imposto à Administração, a revogação se fundamenta na discricionariedade que o administrador possui de dispor sobre

⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato Administrativo Inválido*, Tese, 1º semestre de 1986, p.72 *apud* ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. ..., p. 56.

⁹² SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.138.

⁹³ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. ..., p. 47.

⁹⁴ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. ..., p. 57

uma situação já objeto do ato anterior ou na existência de norma expressa que defira o poder de suprimir o ato precedente, mesmo que não fosse competente para a edição do ato original. Ao contrário da anulação, cujo motivador é a existência de um ato em desacordo com o mandamento legal, a revogação tem como motivo a “inoportunidade ou inconveniência” de um ato, sendo que seus efeitos são *ex nunc*, ao contrário da invalidação.⁹⁵

Toda a discussão efetuada neste tema adota como referência o princípio da legalidade, fazendo surgir a questão da possibilidade de ser utilizado o mesmo raciocínio levando-se em conta a aplicação do princípio da eficiência na extinção e convalidação dos atos administrativos. Não foi possível encontrar na doutrina tal análise, mas em relação à extinção, invalidação ou revogação, observa-se que os conceitos utilizados a partir do princípio da legalidade valem também para o da eficiência, pois é um ato que fira tal princípio também está em desconformidade com o ordenamento legal, surgindo então o dever de retirá-lo do sistema legal. No caso em questão, o afastamento de um ato que desrespeite o princípio da eficiência, ainda que atenda ao princípio da legalidade, é um imperativo ao qual não cabe juízo discricionário ao administrador.

No entanto, verifica-se que não se pode utilizar do mesmo entendimento com relação ao instituto da convalidação por uma impossibilidade lógica: a convalidação deve ocorrer em uma “decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público”, segundo a dicção do artigo 55 citado anteriormente, e todo ato que desrespeita o princípio constitucional da eficiência acarreta evidente lesão ao interesse público.

⁹⁵ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. ..., p. 65-66

2 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Assim como o Direito Administrativo se encontra umbilicalmente vinculado ao Estado de Direito, o mesmo acontece com o tema do controle dos atos administrativos. Surgido à época da Revolução Francesa como uma reação ao Absolutismo, o Estado de Direito surge, dentre outras características, como limitação do poder estatal. Esta limitação somente seria efetiva se fossem dados à sociedade instrumentos de controle que garantissem a legalidade. Romeu Felipe Bacellar Filho destaca a limitação do controle exercido à época, que se restringe à legalidade formal.⁹⁶

Influenciado pela teoria de Montesquieu, o conceito de Estado de Direito carrega consigo a ideia de separação e independência dos poderes que, devido ao contexto histórico existente, encontrou ambiente favorável à separação da justiça comum da administração, atendendo aos doutrinadores e aos “anseios do povo já descrente da ingerência judiciária no negócio do Estado”.⁹⁷ O surgimento do contencioso administrativo neste momento na França, que ainda permanece em vigor, estabelece vedação à justiça comum para julgar atos da Administração, que se sujeitam, direta ou indiretamente, ao controle do Conselho de Estado, o qual funciona como juízo de apelação, de cassação e, excepcionalmente, como juízo originário e exclusivo de certos tipos de litígios administrativos, tendo em vista possuir total jurisdição em matéria administrativa.⁹⁸

Adotado por vários países europeus, o contencioso administrativo, também denominado sistema francês, não foi adotado pelo Brasil, onde vigora o sistema de jurisdição única, conhecido por sistema inglês. A jurisdição única atribui exclusivamente ao Poder Judiciário a competência para julgar, de forma definitiva, todo e qualquer litígio sobre a correta aplicação do Direito ao caso concreto, não

⁹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 223. O autor, evidenciando a preocupação com controle, e mesmo com a participação popular, existente no período, cita o artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 49. O autor cita, como exemplo extremo desta separação de poderes, a Lei 16, de 24/08/1790: “As funções judiciárias são distintas e permanecerão separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira, as atividades dos corpos administrativos”.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ..., p. 47. O autor assinala que o contencioso administrativo foi conservado na reforma administrativa de 1953 e foi confirmado pela atual Constituição Francesa de 04/10/1958.

importando quem são os litigantes, tampouco a natureza da relação jurídica discutida.⁹⁹

Muitos países se utilizam de controles difusos e informais sobre a conduta dos governantes, exercendo a sociedade suficiente autoridade para impedir o uso não condizente com o Direito das oportunidades advindas da função pública.¹⁰⁰ Esta é uma vantagem porque “as normas sociais, além de mais baratas, também costumam ser mais eficazes”,¹⁰¹ no entanto, o Brasil, por razões históricas, ainda não se enquadra neste grupo de países.

Devido à recepção que a Constituição Brasileira vigente faz do conceito de Estado Democrático Social de Direito, extrai-se que o controle exercido corresponde a um poder de fiscalização e correção exercido pelos órgãos dos poderes Judiciário, Legislativo, Executivo e os cidadãos, objetivando a garantia da consonância da atuação estatal, em acordo com os princípios que são estabelecidos pelo ordenamento jurídico.¹⁰²

Os autores consultados são unânimes em reconhecer a importância do tema, embora haja discordância tanto quanto à sua classificação quanto aos aspectos existentes. Bacellar Filho divide o controle em interno, executado pelos próprios órgãos administrativos; e externo, executados por órgãos não pertencentes à administração, classificado em controle político, exercido pelo parlamento, controle jurisdicional, exercido pelo Poder Judiciário, e controle social, exercido pelos cidadãos.¹⁰³ Marçal Justen Filho sistematiza o controle estatal através dos critérios atinentes à natureza da atividade estatal controlada, citando os controles das atividades legislativa, jurisdicional e administrativa, e ainda o fiscalização da atividade estatal de controle, numa referência ao Tribunal de Contas; ao sujeito titular da competência, com os controles pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; e à natureza jurídica dos atos de controle, que pode ser administrativa,

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 954.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1132. O autor cita como exemplo o Japão “em que a revelação de conduta reprovável praticada pelo agente estatal conduz não raro ao sacrifício espontâneo da própria vida”.

¹⁰¹ ARIELY, Dan. *Previsivelmente Irracional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 70. No contexto da afirmação, o autor compara as normas de mercado com as sociais no custo da motivação. Juarez Freitas utiliza a mesma citação ao afirmar ser o controle social aquele com maior potencial gerador de normas mais eficazes in FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. ref. e amp. São Paulo: Malheiros, p. 117.

¹⁰² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. ..., p.224.

¹⁰³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. ..., p.224-236.

legiferante e jurisdicional. Com referência a essa natureza jurídica, o autor defende a existência de uma função própria e autônoma de controle, não se enquadrando nas três anteriores, atribuída ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público.¹⁰⁴

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o controle se divide em interno, exercido por órgãos próprios, e externo, que compreende o controle parlamentar direto, o controle exercido pelo Tribunal de Contas e o controle jurisdicional. O autor salienta que qualquer pessoa pode provocar o controle judicial para sancionar o agente que incorrer em “abuso de autoridade”, tendo em vista a Lei 4.898/65, em sua opinião importantíssima, mas quase ignorada.¹⁰⁵

Hely Lopes Meirelles faz extensa classificação do controle da atividade administrativa que varia conforme o Poder, órgão ou autoridade que exerce este controle ou o fundamento, o modo e o momento de sua efetivação. Com relação a quem executa o controle, classifica em controle administrativo ou executivo (com mesmo sentido de controle interno definido acima), controle legislativo ou parlamentar e controle judiciário ou judicial, sendo que o controle social é enquadrado na classificação controle externo popular.¹⁰⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro utiliza a mesma classificação acima exposta, controle administrativo, legislativo e judicial e considera que, embora o controle seja uma atribuição estatal, consigna o controle popular como, possivelmente, o mais eficiente meio de controle.¹⁰⁷ Juarez Freitas destaca a existência de quatro grandes espécies e controle: interno, externo, social e o jurisdicional.¹⁰⁸ Embora haja pequenas divergências neste aspecto, esta divisão proposta será a utilizada no presente estudo com o acréscimo da análise do controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, devido às peculiaridades da sua atuação e sua vinculação com a busca da eficiência no Poder Judiciário.

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 883.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 945. A Lei sobre Abuso de Autoridade, 4.898/65, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, conforme disposto no art. 1º.

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ..., p. 599-600.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 693-694.

¹⁰⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. ref. e amp. São Paulo: Malheiros, p. 112.

2.1 CONTROLE INTERNO

O sistema de controle interno possui previsão legal desde 1964 quando foi editada a lei 4.320/64 que o instituía, bem como o controle externo, conforme disposto nos artigos 75 a 80. Bacellar Filho observa que a reforma administrativa de 1967 tratava da estruturação do controle interno, com a função de fiscalizar os atos da Administração Pública, não abandonando os controles judicial e parlamentar constantes da Constituição.¹⁰⁹ De fato, o Decreto-Lei 200/67 estabelece o controle como um dos cinco princípios fundamentais (Planejamento, Coordenação, Descentralização, Delegação de Competência e Controle) aos quais deve o gestor público obediência, bem como determina a criação do sistema de controle interno do Poder Executivo. Conforme disciplinado atualmente pelo artigo 74 da Constituição Federal,¹¹⁰ o controle interno não é exclusividade do Executivo, devendo todos os poderes estatais efetuar o controle dos atos administrativos produzidos por seus órgão e autoridades, pois todos os agentes tem o poder-dever de averiguar a regularidade de qualquer ato administrativo.¹¹¹

O controle interno deve ser exercido de modo sistêmico e integrado, cabendo-lhe realizar a avaliação do cumprimento das metas, programas e orçamentos; a comprovação da legalidade e avaliação dos resultados com relação à eficácia, eficiência das gestões orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos assim como a aplicação de recursos públicos por entidades privadas; o controle das operações de créditos, avais e garantias e dos direitos e créditos da União; e prestar apoio ao controle externo. Portanto, é “um conjunto de procedimentos adotados no

¹⁰⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. ..., p.224.

¹¹⁰ BRASIL, Constituição Federal, art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 889.

âmbito de cada um dos Poderes do Estado, ou órgãos e entidade que neles se integram para, resumidamente, comprovar a legalidade e avaliar resultados”.¹¹²

A manutenção de um sistema de controle interno preconizada na Constituição pressupõe a efetiva instituição de um órgão dotado de recursos para o cumprimento de sua atividade que, conforme observa Juarez Freitas, é atividade de Estado, mais do que de governo, não devendo o controle interno ser tratado como uma espécie de órgão reservado a meramente alertar o governante, mas a exercer o controle “desde dentro”.¹¹³ Na esteira do mandamento constitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000, institui instrumentos de controle que ampliam as ações do controle interno na verificação do cumprimento da referida lei através dos artigos 54 e 59, na companhia do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

Tendo em vista que o artigo 75 da Constituição estende aos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios as normas estabelecidas para o Tribunal de Contas da União - TCU, resta evidente a necessidade das unidades da federação possuir idêntico sistema. No âmbito estadual paranaense, a Lei 15.524/07 institui o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo do Paraná criando a Coordenação de Controle Interno.¹¹⁴ A avaliação de resultados a ser realizada pelo controle interno, por estar mais próximo de quem pratica o ato administrativo, confere a este sistema de controle maiores condições de identificar as não conformidades e cobrar esta correção, cumprindo sua função de buscar a conjugação e efetivação dos princípios constitucionais da legalidade e eficiência.

¹¹² ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A função Controle da Administração Pública – Controle Interno e Externo*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr. 2001. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75>. Acesso em 03 de julho 2012.

¹¹³ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. ..., p. 112.

¹¹⁴ Criado nove anos após determinação constitucional, ainda assim o sistema de controle interno não foi efetivamente implantado à época, conforme ressalva a análise das prestações de contas do governador efetuada pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, de 2008 a 2010. Disponível em: http://www.tce.pr.gov.br/servicos_contasgovernador.aspx. Acesso em: 12 de novembro de 2012.

2.2 CONTROLE EXTERNO

O controle externo compreende um conjunto de ações e atividades exercidas por instituições estatais independentes, especializadas e não pertencentes à estrutura do órgão ou poder controlado, possuindo dois significados: em sentido amplo abarca todos os órgãos que exercem controle sobre outros, como o Ministério Público e o Poder Judiciário; e em sentido estrito, é da competência de dois órgãos exclusivos, o Poder Legislativo (controle parlamentar direto) e o Tribunal de Contas (controle indireto).¹¹⁵

O controle parlamentar exercido Poder Legislativo, utilizando-se o Congresso Nacional como exemplo, tem o poder de “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer uma de suas casas, os atos do Poder Executivo, incluindo os da administração indireta”, conforme estabelecido no art. 49, X, CF. Conquanto o Poder Legislativo possa realizar um controle de natureza política, os Tribunais de Contas, em auxílio a este Poder, foram concebidos para realizar o controle técnico dos atos administrativos, tendo recebido do constituinte “grande parte das competências referentes à espécie de controle”.¹¹⁶

Alçados à condição constitucional na primeira Constituição da República, em 1891, devido ao esforço de Rui Barbosa e Serzedello Correa, Ministro da Fazenda, os Tribunais de Contas sobreviveram a inúmeras crises políticas e foram fortalecidas com a Constituição de 1988, cujos artigos 71 e 72 lhes definiu as competências. Apesar do artigo 71 se referir especificamente ao Tribunal de Contas da União, em decorrência do princípio da simetria, exposto no artigo 75, a todos os demais Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, além do Distrito Federal, cabem as mesmas competências deferidas ao TCU.¹¹⁷

Cabem aos Tribunais de Contas, dentre suas atribuições e referente às unidades administrativas sob seu controle, apreciar as contas anuais do chefe do

¹¹⁵ GUERRA, Evandro Martins. Controle sistêmico: *a interação entre os controles interno, externo e social*. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, out. 2008, p. 3. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55275>. Acesso em: 27 de junho de 2012.

¹¹⁶ GUERRA, Evandro Martins. *Controle sistêmico: a interação entre os controles interno, externo e social*. ..., p. 4.

¹¹⁷ ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A função Controle na Administração Pública Controle Interno e Externo*. Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr. 2001. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75>. Acesso em: 03 de julho de 2012

Poder Executivo, mediante parecer prévio; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por recursos públicos da administração direta e indireta, bem como daqueles que causem irregularidade geradora de prejuízo ao erário; analisar a legalidade dos atos de admissão e inativação de servidores públicos; realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; sancionar na forma da lei os responsáveis por ilegalidades de despesa ou irregularidades de contas; e estipular prazo para a correção de ilegalidades praticadas, podendo sustar o ato em caso de não atendimento.

O controle externo exercido pelos Tribunais de Contas é bastante abrangente, compreendendo todos os órgãos e entidades do Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público. Para Marçal Justen Filho, além de possuir uma atuação “quase jurisdicional”, os poderes de julgamento conferidos aos Tribunais de Contas, inclusive com relação à relevância e eficácia, não foram conferidos a nenhum outro integrante do Executivo ou Legislativo, de tal forma que “a não-qualificação formal do Tribunal de Contas como um ‘Poder’ específico derivou apenas da tradição, voltada a manter a fidelidade a um esquema setecentista de tripartição de Poderes do Estado”.¹¹⁸

Angela Cassia Costaldello afirma que a via de controle externo exposta no artigo 71 da Constituição exige a superação dos entendimentos tradicionais referentes ao conteúdo próprio da ação administrativa, de tal forma que os Tribunais de Contas, diferentemente do Poder Judiciário, em sua opinião, possam e devam “adentrar ao exame da gestão que, não raro e no mais das vezes envolve o exame da discricionariedade de toda a atuação dos gestores públicos”. A autora considera que a avaliação da gestão, bem como das políticas públicas, pelos Tribunais de Contas implica em analisar, em certo grau, a discricionariedade da atuação dos gestores públicos e governantes, quer em relação à opção do entendimento destes do que seja política pública, quer em relação ao modo de execução e a seus destinatários.¹¹⁹ O art. 71, IV atribui aos Tribunais de Contas a competência para realizar, por iniciativa própria, auditorias operacionais nas unidades administrativas

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 898-899. Para o autor, ainda que o art. 71, II mencione “julgar as contas”, os Tribunais de Contas não possui competência jurisdicional, sendo que seu julgamento segue os princípios jurisdicionais e é revisável pelo judiciário.

¹¹⁹ COSTALDELLO, Angela Cassia. *Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67659> Acesso em: 05 de junho de 2012.

do Legislativo, Executivo e Judiciário, além daquelas mencionadas no inciso II, e estas, ao contrario das de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, muito mais focadas na análise da legalidade, tem o enfoque na verificação do cumprimento das metas e os resultados das políticas públicas.

A avaliação do desempenho de programas, atividades ou órgãos públicos levada a cabo pela auditoria operacional, com a utilização de técnicas de coleta e de análise de dados, considera as perspectivas da economicidade, eficiência, eficácia, efetividade, equidade, governança ou sustentabilidade, segundo seja o objetivo da realização dos trabalhos, que levam em consideração a avaliação pelos atores sociais do resultado produzido pela ação governamental, reforçando os mecanismos de controle social.¹²⁰ Na metodologia da auditoria operacional, a eficiência é definida como a “relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade”, estando ligada ao conceito de economicidade.¹²¹

A importância que vem adquirindo a auditoria operacional pode ser aferida pela publicação da Declaração de Campo Grande, documento referência do III Encontro Nacional dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado em 14 de novembro de 2012, onde consta, dentre os compromissos assumidos pelos citados Tribunais, “realizar Auditorias Operacionais e de Avaliação de Resultados de Políticas Públicas, sob os aspectos da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, visando avaliar e propor melhorias nas ações governamentais que se destinam à

¹²⁰ Disponível: http://www.tce.pr.gov.br/servicos_auditorias.aspx. Acesso em: 12 de novembro de 2012. Embora seja atribuição dos Tribunais de Contas desde a Constituição de 1988, apenas em 1998 houve a definição do seu conceito como utilização, pelo TCU, da metodologia de auditoria de desempenho proposta pelo Departamento Britânico para o Desenvolvimento Internacional – DFID. O Tribunal de Contas do Paraná iniciou a sua aplicação em 2008 na área de Educação, em conjunto os 32 outros Tribunais de Contas integrantes do Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros – PROMOEX. Em 2009 foi avaliada a Estratégia Saúde da Família no Estado; em 2010, o objeto foram as Condições de Prestação de Serviços de Esgotamento Sanitário nas Regiões Metropolitanas do Estado e, em 2011, o escopo foi centrado nas atividades de Licenciamento e Fiscalização das Áreas de Disposição Final de Resíduos Sólidos Urbanos no Paraná. Apesar da importância e da possibilidade que este tipo de auditoria em fornecer uma visão ampla das ações empreendidas pelo Estado, mormente em relação à eficiência dos recursos empregados, ainda se encontra em uma fase de utilização inicial, senão insipiente, frente às demandas da sociedade.

¹²¹ *Manual de auditoria operacional* / Tribunal de Contas da União. -- 3.ed. -- Brasília : TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (SEPROG), 2010. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/tecnicas_anop. Acesso em: 12 de novembro de 2012.

prestação de serviços à sociedade”.¹²² Cabe ao Ministério Público também o papel de exercer o controle externo das atividades administrativas, podendo propor ação popular e ação civil pública, além de instaurar inquérito civil público, mas, no entanto, este órgão não é titular de competência mandamental, de tal forma que, em identificando alguma conduta indevida, deve recorrer ao controle jurisdicional.¹²³

2.3 CONTROLE JURISDICIONAL

A atual Constituição ampliou significativamente o campo de atuação do controle jurisdicional da atividade administrativa pelo Poder Judiciário, criando novas ações constitucionais (*habeas data*, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção), reforçando as então existentes (ação popular e ação civil pública) e afirmando expressamente os princípios constitucionais da Administração Pública. O princípio da inafastabilidade do controle dos atos pelo Poder Judiciário foi amplamente consagrado na Constituição que, no artigo 5º, XXXV, enuncia que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, acrescentando “ameaça” à expressão “lesão” e suprimindo o termo “individual” referente aos direitos, a fim de alcançar quaisquer direitos (individuais, coletivos e difusos).¹²⁴ No entanto, nem sempre o poder jurisdicional possuiu tais prerrogativas, visto que as Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 sequer mencionavam o princípio da inafastabilidade do controle dos atos pelo Judiciário, sendo somente citado pela primeira vez na Constituição de 1946 no artigo 141, §4º dispondo que “a lei não poderá excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, conceito este incorporado na Carta Política de 1967 que, com a redação dada pela Emenda Constitucional de 1977, estabelecia a condição de esgotamento da instância administrativa.¹²⁵

¹²² Disponível em: http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/uploads/CCG_14_11_2012.pdf Acesso em: 15 de novembro de 2012. Os Tribunais de Contas também defenderam neste encontro a criação do CNTC - Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, que pode ser entendido como o controle externo do controle externo.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 902-903.

¹²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. ..., p.224.

¹²⁵ DELGADO, Carine. *A sindicabilidade pelo poder judiciário do ato administrativo discricionário*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 3, n. 34, dez. 2003, p. 4. Disponível

O Brasil adota o sistema de jurisdição única, mas à época do Império pode-se verificar a existência do contencioso administrativo que foi extinto com a proclamação da República, tendo o governo provisório atribuído à justiça federal o julgamento dos litígios cuja origem fosse os atos administrativos do governo federal e das ações que interessassem ao fisco nacional, orientação repetida nas Constituições de 1891 e 1934, com uma tentativa da Carta de 1937 restabelecer o contencioso administrativo, possibilidade que foi encerrada a partir da Constituição de 1946, assim permanecendo na Constituição atual.¹²⁶

O debate sobre qual modelo de jurisdição, única ou do contencioso administrativo, melhor atende aos interesses da sociedade, não mais considerando os aspectos teóricos, mas a efetividade prática de fornecer uma justiça satisfatória na relação entre a Administração e administrados, que assegure uma efetiva tutela dos direitos destes em relação àquela, constitui tema de atualidade, tendo em vista a tendência mundialmente observada de interferência da máquina administrativa no cotidiano dos cidadãos, segundo Romeu Felipe Barcellar Filho. O autor assevera que a criação constitucional dos Juizados Especiais demonstra a real preocupação com a efetivação da justiça no Brasil, assunto que se mostra mais sensível, dado o aumento da complexidade das normas administrativas, e que torna necessária a aquisição de conhecimentos técnicos da realidade administrativa pela justiça, a fim de se tornar célere e eficiente, para o qual defende, a exemplo da tendência europeia, a instituição constitucional de uma Jurisdição Administrativa integrada ao Poder Judiciário.¹²⁷ Nesta questão, verifica-se que manejo de conhecimentos específicos desta área é mais crítico quando estamos tratando de um tema ainda tão pouco debatido pelo Judiciário como o controle da eficiência dos atos administrativos.

em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=4320>. Acesso em: 30 de agosto de 2012. A redação constitucional original era de que “a lei não poderá excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, sendo substituída, após a emenda constitucional de 1977, por “a lei não poderá excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

¹²⁶ CRUZ, José Raimundo Gomes da. *O Controle Jurisdicional do Processo Disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 242 e 252 *apud* DELGADO, Carine. *A sindicabilidade pelo poder judiciário do ato administrativo discricionário*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 3, n. 34, dez. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=4320>. Acesso em: 30 de agosto de 2012.

¹²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. ..., p.232-233.

O controle externo de responsabilidade do Poder Judiciário, ainda que lhe atribua o poder de emitir uma decisão vinculante, não lhe confere competência para instaurar de ofício processo jurisdicional objetivando apreciar a validade de um ato administrativo, obedecendo ao princípio dispositivo.¹²⁸ Por sua vez, é exatamente a possibilidade de propor ação judicial de ofício, a principal atribuição que dispõe o Ministério Público na sua atuação pelo controle dos atos administrativos.

2.4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ

Apesar de tecnicamente não poder ser considerado um órgão de controle externo do Poder Judiciário, uma vez que é integrante da estrutura deste poder, tampouco faça parte de seu sistema de controle interno, a análise da atuação do CNJ se impõe pela competência que lhe foi conferida no controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, observando ainda que estas competências não se exercem sobre a função jurisdicional de juízes e tribunais. Fruto do contexto que se convencionou chamar de Reforma do Judiciário cujas discussões se arrastaram por mais de uma década, o Conselho Nacional de Justiça foi criado através da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, origem também do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que exerce atribuições semelhantes em relação ao Ministério Público. Desde o início, a criação de um órgão de controle do funcionamento da justiça e, ainda mais composto por membros externos à magistratura, enfrentou forte resistência que foi derrotada no plano político, com a aprovação emenda constitucional, e no plano jurídico, com a declaração de improcedência pelo Supremo Tribunal Federal, em 13 de abril de 2005, da ADIn 3.367 proposta pela Associação dos magistrados Brasileiros – AMB, que contestava a constitucionalidade do CNJ.¹²⁹

Para André Janjácómo Rosilho, com o objetivo de fornecer ao CNJ os meios necessários ao atendimento de sua missão constitucional, a Constituição lhe

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 903.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça*. Interesse Público IP Belo Horizonte, n. 30, ano 7. Março/Abril 2005, p. 10. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50042>. Acesso em: 03 de junho de 2012.

outorgou, dentre outras, as funções de caráter normativo, correcional e estatístico. A atribuição de poderes normativos advém do artigo 103-B, I, CF, e a questão que surge atualmente não é mais quanto à existência do CNJ em si, mas relativo às competências que ele possui e a forma que as vem exercendo, principalmente no tocante à edição de resoluções, na qual muitos consideram próprios de poder normativo. O autor realizou análise das resoluções expedidas pelo CNJ a fim de constatar os temas, objetivos, intensidade e impactos de sua regulação. Com relação ao objetivo principal da norma, estes foram classificados em eficiência, moralização, repressão e transparência, tendo o autor analisado 74 resoluções e verificado que o CNJ tem envidado esforços para proporcionar mais eficiência ao Poder Judiciário, pois mais de 50% das resoluções tinham este princípio por objetivo (transparência foi objeto de 35 % e moralidade foi de 14% das resoluções). O autor observa que estes três objetivos referem-se diretamente aos princípios básicos da administração públicas, dispostos no artigo 37 da Constituição, e considera que esta vinculação advém da outorga ao CNJ, pelo texto constitucional, em seu artigo 103-B, §4º,II, do dever de zelar pela observância dos citados princípios.¹³⁰

André Rosilho, realizando o cruzamento dos dados relativos aos objetivos das resoluções e seu impacto na mídia, verificou que 61% das notícias veiculadas na imprensa se referiam às resoluções cujo objetivo era trazer mais moralidade ao judiciário e que correspondiam a 14% das resoluções emitidas pelo CNJ. As notícias sobre as resoluções relativas à transparência e eficiência, somaram 39% do total veiculado, percentual muito modesto em sua opinião se considerar que estes dois princípios equivalem a 85% das resoluções pesquisadas. O autor observa, com propriedade, que “apesar de se criticar com muita frequência a morosidade, a burocracia e o hermetismo do Poder Judiciário, o grande ponto de interesse da sociedade não são as ações que visam corrigir estas falhas, mas, tal como visto, aquelas que procuram enquadrar os membros e órgãos do Judiciário e lhes impor comportamentos éticos”.¹³¹

Apesar de toda controvérsia que ainda cerca o trabalho do Conselho Nacional de Justiça, este tem se mostrado zeloso na tarefa de promover a eficiência

¹³⁰ ROSILHO, André Janjácomo. *O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2010, p. 1-7. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=68488>. Acesso em: 01 de junho de 2012.

¹³¹ ROSILHO, André Janjácomo. *O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro*. ..., p. 9.

dos serviços jurisdicionais, a ponto de eleger a divisa “(CNJ) Três letras que trabalham pela eficiência”, exposta na sua página na internet.¹³²

2.5 CONTROLE SOCIAL

Os autores estudados são unânimes em reconhecer a importância capital deste tipo de controle, mas também a necessidade de torna-lo efetivo. O controle Social é aquele referente às atividades administrativas que é exercido pelos cidadãos, de tal forma a viabilizar a efetiva concretização do Estado Democrático de Direito.¹³³

Embora não sistematizado na Constituição de 1988, ao contrário dos controles interno e externo, o controle social pode ser depreendido do artigo 74, §2º o qual estabelece que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”, sendo que na prática, no entanto, esse controle adquire maior complexidade, tendo em vista falta de consciência política, esclarecimento e informação à sociedade que, embora disponha de instrumentos necessários ao exercício deste controle, nem sempre os utiliza, na opinião de Evandro Martins Guerra. Para o autor, o controle social “resulta da ampliação da esfera pública e do enfraquecimento dos limites entre Estado e sociedade, surgindo, portanto, da convicção acerca da necessidade de o Estado tornar-se a continuidade da sociedade, bem como da ideia de que o espaço público não esteja submetido unicamente ao controle estatal”.¹³⁴

São recorrentes entre os autores estudados as críticas quanto à apatia da sociedade em participar do espaço público. No entanto, “a afirmação de um Estado de bem-estar social trazia consigo uma grande comodidade filosófica: a transplantação da responsabilidade social do indivíduo para o Estado”,¹³⁵ e, devido à

¹³² Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>. Acesso em: 16 de novembro de 2012.

¹³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. ..., p.236.

¹³⁴ GUERRA, Evandro Martins. *Controle sistêmico: a interação entre os controles interno, externo e social*. ..., p. 3-5.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p.11.

carência de uma tradição solidarista espontânea, particularmente observável no Brasil, fez com que o Estado tenha colaborado para o aumento da apatia social.¹³⁶ Segundo Pierre Bourdieu, o Estado não deseja nada mais dos cidadãos que as contribuições materiais, dispensando devotamento e entusiasmo.¹³⁷

Embora estas observações tenham sido realizadas no contexto da análise do período neoliberal dos anos 90, mesmo considerando as inúmeras conquistas e as mudanças ocorridas em relação àquele paradigma, não se pode deixar de observar que, na prática, a conquista da efetiva participação popular ainda é um processo em construção. Apesar de autores diferenciarem participação popular e controle social, estes estão diretamente relacionados, sendo fundamentais à formação de um Estado Democrático Social de Direito que se entenda como tal.

Evandro Martins Guerra menciona vários dispositivos constitucionais que preveem a participação popular no controle do poder público¹³⁸ e considera existir quatro níveis de participação administrativa da sociedade: participação informativa, vinculada ao princípio da publicidade, pois o Estado deve comunicar seus atos, dando conhecimento e motivando as decisões tomadas, além de manter o rigor procedimental, em atendimento ao princípio da isonomia; participação no âmbito da execução das decisões, que pode ir da simples informação relativa aos processos, passando pela colaboração e chegando às delegações de execução; participação através de consultas antes da tomada de decisão, como nos exemplos de consulta e

¹³⁶ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Manole, 2003, 167-168.

¹³⁷ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos – táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.13 *apud* GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 164.

¹³⁸ GUERRA, Evandro Martins. *Controle sistêmico: a interação entre os controles interno, externo e social*. ..., p. 5-6. O autor cita os seguintes dispositivos da Constituição: “art. 5º, XXXIV, “a”: defesa contra ilegalidade ou abuso de poder; art. 5º, XXXIV, “b”: direito a certidões; art. 5º, LXX: mandado de segurança coletivo; art. 5º, LXXII: concessão de habeas data; art. 10: participação de trabalhadores nos colegiados de órgãos públicos para definir interesses profissionais e previdenciários; art. 61, §2º e 29, XIII: exercício da soberania popular ao tratar da iniciativa popular na proposição de projetos de lei de interesses coletivos; art. 29, XII: cooperação de associações representativas no planejamento municipal; art. 31, §3º: contas do Município estarão disponíveis para exame e apreciação popular durante 60 dias por ano, podendo ter a sua legitimidade questionada; art. 37, §3º: leis disciplinadoras para a participação do usuário quanto às reclamações relativas à prestação de serviços públicos, acesso a informações e registros administrativos e representação contra exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função pública; art. 74, §2º: qualquer cidadão é parte legítima para denunciar irregularidades e ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União; art. 5º, XXXIV: direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; propositura de ADIN por sindicato ou entidade de classe, assim como artigo 103, IX; gestão democrática do ensino público, entre tantos outros, assim como no artigo 206, VI; integração de cidadãos em conselhos, audiências públicas (art. 58, II), conferências, orçamento participativo etc.”.

debates públicos, coleta de opiniões, participação institucional em colegiados mistos e na adoção de assessorias especiais de administrados em temas a serem decididos; e no quarto nível, tem-se a própria decisão estatal, onde é dada ao cidadão parcela de poder decisório de Estado, somente instituído em lei, dividindo a responsabilidade da decisão administrativa, sendo o planejamento governamental e o orçamento participativo exemplos deste tipo de participação. Além da participação administrativa, há também a participação legislativa, com os instrumentos do plebiscito, referendo, iniciativa popular, veto popular, entre outros e a participação popular no Poder Judiciário, que se manifesta através da provocação da jurisdição ou pelo acesso aos órgãos que a exercem, sendo exemplo o mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, ação de inconstitucionalidade, ação de impugnação do mandato eletivo, legitimação extraordinária de comunidades e organizações indígenas, júri e escabinato e acesso da advocacia às magistraturas togadas.¹³⁹

Em uma interpretação livre a participação popular com o objetivo de direcionar a edição de atos administrativos, pode ser considerada uma espécie de controle social preventivo, pois ao influenciar a tomada de decisão estatal, a sociedade colabora para aumentar a eficiência desta atuação. A participação da sociedade na elaboração dos orçamentos públicos é um bom exemplo deste controle, permitindo-lhe dirigir a aplicação dos recursos, sempre limitados, para o atingimento das metas e implementação dos direitos que ela considera prioritários. Tem-se, no entanto, o problema da falta de conhecimento da sociedade, que independe de classe social, para intervir em assuntos com características técnicas específicas, fato que é agravado pela falta de preocupação do Estado em simplificar a apresentação da imensa massa de dados que disponibiliza, até mesmo por determinação legal, na internet, facilitando a compreensão e assimilação das informações por aqueles que as acessam.¹⁴⁰

Neste ponto, surge como uma interessante iniciativa o projeto PAF – Social, desenvolvido pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE-PR, que procura

¹³⁹ GUERRA, Evandro Martins. *Controle sistêmico: a interação entre os controles interno, externo e social*. ..., p. 6-7.

¹⁴⁰ Procurando facilitar e sistematizar a busca das informações sobre receitas e despesas públicas, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná disponibiliza o Portal de Controle Social onde disponibiliza à sociedade as informações de obras, contratos, licitações, relatórios de responsabilidade fiscal dos conselhos municipais e das entidades dos municípios paranaenses. Disponível em: <http://www.controlesocial.pr.gov.br>. Acesso em: 12 de novembro de 2012.

integrar o controle social com as atividades de controle externo exercidas por este órgão, treinando e utilizando a capacidade de setores da sociedade, no caso, alunos e professores de faculdades e universidades estaduais paranaenses, com o objetivo de aprimorar os mecanismos de controle externo na verificação da eficiência da gestão pública nos temas escolhidos e, ao mesmo tempo, capacitar os envolvidos com conhecimentos da área pública e administrativa, de modo que possam não só aplicar estes conhecimentos, mas também disseminá-los por outras áreas da sociedade.¹⁴¹

2.6 CONTROLE DE MÉRITO: DA IMPOSSIBILIDADE À NECESSIDADE

A análise do controle do mérito passa necessariamente pelo tema da discricionariedade do ato administrativo, fonte de muitas divergências na doutrina nacional e estrangeira.

O termo discricionariedade não foi utilizado pelos autores franceses e italianos que iniciaram o direito administrativo, tendo os doutrinadores franceses da segunda metade do século XIX denominado de atos de pura administração às decisões resultantes do hoje chamado poder discricionário e, no final do século XIX e início do século XX, o termo discricionariedade já passava a compor o universo jurídico.¹⁴² No Brasil, registra-se a Lei nº 221, art. 13,§9º, de 20/11/1894, como a primeira norma jurídica a tratar da discricionariedade administrativa.¹⁴³

A primeira divergência doutrinária neste tema surge na definição, ou mesmo na existência, de ato administrativo discricionário. Cretella Júnior assevera ser o ato administrativo discricionário de “existência inequívoca no âmbito do direito”

¹⁴¹ Disponível em: http://www.tce.pr.gov.br/servicos_paf_social.aspx?p=587149. Acesso em: 12 de novembro de 2012. Os participantes dos projetos escolheram, dentro das opções oferecidas pelo TCE-PR, os temas que consideravam mais importantes na sua região, recebendo treinamento para a execução de auditorias operacionais a fim de verificarem a eficiência da gestão municipal no tema escolhido. Também foi disponibilizada às faculdades e universidades participantes a opção de desenvolverem projetos de pesquisa na área de indicadores de desempenho da gestão pública.

¹⁴² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

¹⁴³ FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 137. O texto da lei dispunha: “Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A Autoridade fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência e oportunidade”.

considerando a expressão "tradicional, feliz, precisa, técnica e indispensável".¹⁴⁴ Hely Lopes Meirelles observa que a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas no poder da Administração em praticá-lo de tal forma que o correto é falar-se em poder discricionário da Administração.¹⁴⁵

Ao analisar o tema em questão, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que é o dever de cumprir uma finalidade que dirige toda a lógica do Direito Público, sendo o poder um instrumento para cumprir o dever de alcançar a finalidade legal e, desta forma, há existência de um dever discricionário antes que um poder discricionário.¹⁴⁶ Para o autor, embora seja comum utilizar-se a expressão ato discricionário, ela só pode ser tolerada como uma maneira elíptica de dizer "ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou o compõe".¹⁴⁷

Vários argumentos são utilizados para justificar a existência da discricionariedade, sendo listadas a impossibilidade material do legislador prever todas as hipóteses possíveis de atuação do administrador, a impossibilidade lógica do ordenamento jurídico impedir o exercício da discricionariedade administrativa e a impossibilidade jurídica do ordenamento não conferir faculdade discricionárias ao administrador, tendo em vista a sistemática de tripartição das vontades e funções estatais;¹⁴⁸ devido à teoria da formação do Direito por degraus de Kelsen, no qual a discricionariedade existe para permitir o acréscimo de um elemento novo não previsto no ato anterior, tendo em vista os vários graus por onde se expresso o Direito e devido a indispensável necessidade da discricionariedade para evitar o automatismo e permitir o poder de iniciativa da Administração.¹⁴⁹

Embora, como visto, não seja correta tecnicamente a utilização da expressão ato discricionário, esta aparece como um contraponto aos atos vinculados, que são aqueles frente os quais o administrador não encontra opção de escolha, visto existir prévia e objetiva determinação legal quanto à ação a ser

¹⁴⁴ CRETELLA JUNIOR. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2000, p. 246-247 apud ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de, *Discricionariedade e motivação do ato administrativo in Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho / coordenador Sérgio Mourão Corrêa Lima*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 112-113.

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 151.

¹⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 15.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. ..., p. 18.

¹⁴⁸ DELGADO, Carine. *A sindicabilidade pelo poder judiciário do ato administrativo discricionário*. ..., p. 8.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 212.

tomada por este frente a uma situação também delimitada legalmente. Reconhecendo-se tal impropriedade técnica, por motivos didáticos, neste estudo será utilizado ato discricionário evitando ter que se usar a expressão “ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção”.¹⁵⁰

Como se tem utilização da expressão atos discricionários como contraponto a atos vinculados, pode-se chegar à conclusão de eles existam como tal, mas, quanto à possibilidade de escolha do administrador, pode-se falar de ato que seja totalmente vinculado,¹⁵¹ mas não de um que seja absolutamente discricionário, uma vez que certos elementos do ato administrativo serão sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito).¹⁵² Desta forma, a discricionariedade “não é um recurso excepcional e derogatório da vinculação, mas uma técnica ordinária, uma solução normal face à impossibilidade de tudo se prever na letra da norma”.¹⁵³

Assim sendo, atos discricionários podem ser definidos como aqueles que a “Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*”.¹⁵⁴ A liberdade tratada, no contexto da discricionariedade, se refere à liberdade no império da lei, que não se confunde com arbítrio, pois administrador está conformado pela lei e à finalidade nela inserta, mesmo na atuação discricionária.¹⁵⁵

No passado utilizou-se a expressão discricionariedade técnica para indicar que determinadas decisões administrativas tem como base critérios técnicos-científico. Neste caso, não haveria discricionariedade, pois a decisão se basearia em critérios e regras técnicas.¹⁵⁶ Marçal Justem Filho alerta para certa concepção positivista de ciência, não aceitável atualmente, pois nenhuma ciência pode gerar

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 430.

¹⁵¹ GORDILLO, Augustin A. *Princípios de direito público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.169 *apud* FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 158. Contestando a doutrina brasileira, que sustenta a possibilidade da existência de atos totalmente vinculados, Augustin Gordillo, citado por Edimur Faria, afirma ser impossível existir a total vinculação, pois sempre há margem para o móvel subjetivo e, se assim não fosse, não haveria necessidade de funcionário requerendo a expedição de determinado ato, bastando a utilização do computador, neste caso, como um verdadeiro órgão administrativo.

¹⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 216.

¹⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.25-26.

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 430.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 430.

¹⁵⁶ FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário*. ..., p. 153.

aplicações práticas desprovidas de dúvidas. O autor observa que o conhecimento técnico poderá ser utilizado com instrumento para a decisão, na qual haverá um componente político.¹⁵⁷

Há divergência doutrinária quanto à possibilidade dos conceitos jurídicos indeterminados ensejarem discricionariedade ao administrador na prática do ato administrativo, ou seja, se bastaria a presença de tais conceitos na norma para, por si só, caracterizar a discricionariedade administrativa. Tais conceitos são definidos como aqueles são vagos e imprecisos, ou seja, plurissignificativos, nos quais se enquadram conceitos como interesse público e eficiência, por exemplo.

Celso Antônio Bandeira de Mello coloca-se parcialmente em concordância com a doutrina que defende que a discricionariedade advenha dos conceitos jurídicos indeterminados, mas não aceitando que se possa vislumbrar a discricionariedade em todo e qualquer ato decorrente de norma com conceitos indeterminados, pois dependendo do caso concreto, a discricionariedade pode ser reduzida a zero.¹⁵⁸ O autor observa, citando Eduardo Garcia de Enterría, que para parte significativa da doutrina a imprecisão do conceito existiria apenas em abstrato, mas não, porém, no caso concreto, onde somente caberia um entendimento.¹⁵⁹

Os conceitos jurídicos indeterminados não são exclusividades do Direito Administrativo podendo ser encontrados no ramo Civil (boa-fé) ou Penal (vantagem indevida), sendo que os juízes lidam corriqueiramente com tais conceitos nestes ramos do Direito, não havendo, desta forma, razão para que a interpretação de tais conceitos seja encarada de forma diferente no Direito Administrativo.¹⁶⁰ Não há dúvidas de que um juiz pode, ao julgar um litígio entre particulares, examinar provas e argumentos para decidir se houve “boa-fé” ou “mau-comportamento”, por exemplo. No entanto, se os mesmos tipos de expressões aparecem numa regra dirigida à conduta da Administração Pública, “então, como num passe de mágica, o juiz se torna inapto para saber se a condição abstratamente apontada pela norma efetivamente ocorre no caso concreto”, para Florisvaldo Dutra de Araújo. Para este autor, somente este fato já seria suficiente para demonstrar a falta de justificação

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. ..., p. 137.

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 23.

¹⁵⁹ ENTERRIA, Eduardo Garcia de, e FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Civitas, vol. I, 4. ed., 1983, p. 433-434 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. ..., p. 23.

¹⁶⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 73-74.

material da tese de que *conceitos indeterminados* implicam discricionariedade, sendo que a verdadeira base desta tese é a *raison d'Etat*, que é um fundamento que não se pode aceitar no Estado de Direito.¹⁶¹

Uma vez que todos os atos vinculados têm seus elementos definidos em lei, o seu controle deve ser realizado apenas pela análise do aspecto da legalidade,¹⁶² enquanto que o controle dos atos discricionários devem-se pautar pela análise da legalidade e do mérito, que é o aspecto do ato administrativo que se refere à oportunidade e conveniência diante do interesse público objetivado.¹⁶³

Como o controle da legalidade, não há dúvidas de que este é pleno e plenamente sindicável pelo Judiciário, em consonância com o disposto artigo 5º, XXV da Constituição Federal. Já em relação ao controle dos atos discricionários, parte da doutrina, atualmente ainda dominante, considera possível o controle dos atos discricionários, mas respeitando os limites da discricionariedade administrativa assegurados pela lei ao administrador.

Algumas teorias foram elaboradas para fixar limites ao exercício da discricionariedade, entre as quais se destacam a teoria dos motivos determinantes e a teoria do desvio do poder (ou de finalidade). A teoria dos motivos determinantes considera que a validade do ato se encontra vinculada aos motivos indicados em seu fundamento, de tal forma que implicam em nulidade, caso estes se revelem falsos ou inexistentes.¹⁶⁴ A teoria dos motivos determinantes aplica-se a todos os atos administrativos, pois, independente da obrigatoriedade de motivação, se o agente motivar, ficará vinculado aos pressupostos de fato e de direito, não podendo alegar-los inexistentes ou falsos.¹⁶⁵ Esta teoria acarretou grande avanço no controle dos atos administrativos, pois amplia o conceito de legalidade suscetível ao controle,

¹⁶¹ ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de, *Discricionariedade e motivação do ato administrativo* In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa, coordenador. *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 112-113.

¹⁶² Marcelo Harger, com o qual concorda Emerson Gabardo, afirma que nos atos vinculados a lei a única solução possível já se encontra determinada na lei, não sendo estes normalmente afetados pelo princípio da eficiência. Cf.: HARGER, Marcelo. "*Reflexões iniciais Sobre o Princípio da Eficiência*". Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, dez., 1999 *apud* GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Manole, 2003, 129.

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 216-217. A autora considera ser defeso ao Judiciário invadir o espaço discricionário reservado pela lei ao administrador.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 211.

¹⁶⁵ MORAES, Alexandre de. *Princípio da Eficiência e o Controle dos Atos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo – RDA, Belo Horizonte, n.243, set./dez. 2006.

que passa a incluir elementos relativos aos motivos e a necessária adequação entre eles e a decisão adotada.¹⁶⁶

A teoria do desvio de poder (ou de finalidade) considera que há este desvio quando a se utiliza da discricionariedade para atingir um fim diferente daquele que a lei fixou, cabendo a decretação da nulidade do ato, tendo em vista o desvio dos fins de interesse público definidos em lei, praticado pela Administração.¹⁶⁷ Garcia de Enterría e Tomás Ramon Fernandez consideram que o desvio de finalidade se refere à legalidade do ato, e não à moralidade, tendo que vista é relativo exclusivamente à noção de legalidade.¹⁶⁸

Desenvolveu-se na doutrina brasileira, liderado por Seabra Fagundes, Cáo Tácito e Victor Nunes Leal, a partir das teorias acima, ser passível ao Judiciário analisar a legalidade e a existência dos motivos determinantes da finalidade do ato, sem, contudo, adentrar no chamado mérito administrativo.¹⁶⁹

O próprio conceito de mérito administrativo não é uniforme na doutrina brasileira. De fato, como bem assevera Luiz Manuel Fonseca Pires, não existe um conceito objetivo em que possa se enquadrar o mérito do ato administrativo:

Não obstante, diante do atual estágio da ciência do direito administrativo, quando não mais se questiona se existem atos isentos de controle judicial — como se discutia no século XIX e durante a primeira metade do século XX —, quando a ciência jurídica evoluiu significativamente para destrinçar e aperfeiçoar a teoria do ato administrativo, entendemos que não há mais necessidade de invocar uma expressão que sequer se define com clareza — o “mérito” do ato administrativo — para justificar que todos os atos estatais são passíveis de controle judicial, e apenas um núcleo — sem se esclarecer o que caracteriza este núcleo — é imune ao controle.¹⁷⁰

Para o autor isto ocorre porque ao se estudar o conceito de mérito administrativo, verifica-se que a coincidência deste com algum outro instituto teórico

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Aline Silva de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios*. Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A & C, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011, p. 11. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72296>. Acesso em: 30 de maio de 2012.

¹⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. ..., p. 218.

¹⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNANDÉZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. 2 v., p. 461-462 *apud* OLIVEIRA, Aline Silva de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios*. ..., p. 11.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Aline Silva de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios*. ..., p. 11.

¹⁷⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *O controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 215-216 *apud* OLIVEIRA, Aline Silva de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios*. ..., p. 15.

do ato administrativo, como momento, objeto, motivo e conteúdo, sendo, por outro lado, constantemente utilizado com subterfúgio para se defender o impedimento do controle judicial sobre determinado ato administrativo, “como se a palavra mérito comportasse alguma invocação mágica” que lhe permitisse ser utilizada como desculpa a interdição da análise dos atos administrativos pelo Judiciário, tendo em vista tratar-se de assunto referente ao “indefinido e impreciso mérito”.¹⁷¹

É na extensão do controle onde residem as maiores controvérsias a respeito do controle dos atos administrativos, mas caminha-se no sentido de que todos os atos administrativos sejam passíveis de controle, o que inclui a análise da sua validade e eficácia bem como a apreciação da legitimidade, economicidade, eficiência e dos resultados do ato.¹⁷²

A discricionariedade, no passado não era passível de controle pelo Judiciário, sendo gradualmente submetida a este controle e, na medida em que aparecem autores, ainda em número reduzido, defendendo a possibilidade da apreciação do mérito administrativo, passam a surgir cada vez mais julgados jurisdicionais que adentram o mérito administrativo.¹⁷³

Para Romeu Felipe Bacellar Filho, “a juridicidade da Administração Pública brasileira não pode ser compreendida sem a incidência da Constituição, tão cara aos pressupostos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito”¹⁷⁴ e, neste contexto, nada distingue tanto a incidência da Constituição Cidadã do que sua característica marcadamente principiológica. Como bem assevera Juarez Freitas, os princípios e direitos fundamentais aparecem cada vez mais no ápice do sistema jurídico, destacando-se no Direito Administrativo, o direito fundamental à boa administração pública, de tal forma que “no passado o controle e as leis; no presente e futuro, o controle e o os objetivos fundamentais da Constituição”.¹⁷⁵

A Constitucionalização dos princípios configura como inquestionável a sua dimensão normativa, não se verificando mais a condição de inferioridade normativa a que foram submetidos durante tanto tempo para, a partir daí, “numa revolução

¹⁷¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *O controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. ..., p. 216-217 apud OLIVEIRA, Aline Silva de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios*. ..., p. 15.

¹⁷² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável*. ..., p. 89-90.

¹⁷³ FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário*. ..., p. 252.

¹⁷⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 16.

¹⁷⁵ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. ..., p. 30.

conceitual, os colocar no vértice da pirâmide jurídica, transformados doravante em ponto culminante da hierarquia normativa”.¹⁷⁶ Passada esta época dos modelos baseados apenas em regras, predominam o “compromisso com a vitalidade do sistema constitucional, em cujo seio, avultam princípios, objetivos e direitos fundamentais de aplicabilidade direta e imediata, sem menosprezo às regras”, fazendo com que já se esteja à época destes princípios e direitos fundamentais assumirem elevado lugar no controle “substancial das relações administrativas”,¹⁷⁷ pois é chegada a hora de se anunciar que é a “Constituição que administra”, no Direito Administrativo, pois toda e qualquer relação administrativa, inclusive aquelas decorrentes dos atos administrativos, deve ser controlada a partir das aspirações máximas da Constituição.¹⁷⁸

Neste sentido, deve ser reconhecida a ampla e aprofundada possibilidade de apreciação dos atos administrativos em todas as vertentes de controle: interno externo, social e jurisdicional; e a necessidade de da integração entre estes controles, atuando com parceiros estratégicos, para realizar a efetivação fundamental à boa administração, através da promoção da eficiência e da eficácia da gestão pública.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*. 27 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p.24.

¹⁷⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. ..., p. 30.

¹⁷⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. ..., p. 118.

3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

A carga de expectativas depositadas sobre o princípio de eficiência está relacionada à expectativa existente em relação à atuação do Estado na solução dos problemas da sociedade. Aqueles que advogam a necessidade do Estado-Mínimo, o querem executando suas ações com eficiência para desonerar os contribuintes, possibilitando que utilizem estes recursos na execução das atividades anteriormente a cargo do Estado e na procura pela felicidade. Para os defensores do Estado Democrático Social de Direito, a eficiência é conceito que se impõe como necessidade não apenas econômica, ainda que essencial, face à limitação de recursos, mas principalmente na consecução dos princípios fundamentais sociais, tendo em vista o fundamento material que estes possuem.

O Estado é a “organização nacional central na transferência de recursos entre os diversos grupos sociais” e que detém a capacidade de intervir intensivamente sobre a coletividade, associando eficiência e equidade. E como executor e promotor da prestação de serviços coletivos indispensáveis, ao Estado Social é exigido o agir com eficiência, justificando os recursos extraídos da sociedade com a apresentação de resultados relevantes socialmente.¹⁷⁹

O princípio da eficiência pode servir ao propósito das mais diferentes concepções de Estado, incluindo os de índole totalitária, como já tristemente demonstrada pela história, mas, para mantê-lo no Estado Democrático e Social de Direito, é fundamental conduzi-lo através da ética, “sob pena de sua autonomização torna-se instrumento de desumanização”.¹⁸⁰

¹⁷⁹ MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 51, n. 2, p. 107-121, abr./jun. 2000, p. 1. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51586>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

¹⁸⁰ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Manole, 2003, p.2.

3.1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Positivada constitucionalmente em meio às chamadas reformas neoliberais do Estado Brasileiro através da Emenda Constitucional nº 45/98, o princípio da eficiência veio se somar aos demais princípios constitucionais informadores da Administração Pública, com a alteração no *caput* do artigo 37 da Constituição brasileira:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A introdução do princípio da eficiência na Constituição teve o condão de provocar o aumento do debate sobre seu conteúdo, aplicabilidade e controle, no âmbito do Direito Administrativo, o que pode ser, na opinião de Paulo Modesto, o papel a ser desempenhado por este princípio é “revigorar o movimento de atualização do direito público, para mantê-lo dominante no Estado Democrático e Social, exigindo que este último cumpra efetivamente a tarefa de oferecer utilidades concretas ao cidadão, conjugando equidade e eficiência”, posto que o desafio do nosso tempo é “encontrar um novo equilíbrio entre os interesses fundamentais tutelados pelo direito administrativo, evitando tanto a prepotência quanto a impotência do Estado”.¹⁸¹

Em que pese a recente constitucionalização deste princípio, a questão da eficiência na Administração Pública não é igualmente recente. Getúlio Vargas, em seu discurso de posse no dia 3 de novembro de 1930, já propugnava a necessidade de se buscar a economia e eficiência no serviço público, e mesmo com a Constituição de 1934 tal necessidade não foi atendida.¹⁸²

¹⁸¹ MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. ..., p. 8-9.

¹⁸² WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Reforma Administrativa da era de Vargas*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983, p.2-9 *apud* BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 109. Onofre Batista Jr. observa que a autora assinala que em “sensível coincidência com o momento atual, na época, instituíram comissões de eficiência (...) e buscaram nos serviços civis britânico e americano, os ensinamentos para uma reforma administrativa que pretendia alcançar níveis de eficiência adequados, mas que, na verdade, poucos resultados nesse direção colheram”.

A doutrina brasileira considera que o dever de eficiência foi estatuído no Direito positivo pelo Decreto-Lei nº 200/67, tendo feito parte da redação original da Constituição de 1988, em seu artigo nº 70, *caput*, que conferia aos sistemas de controle interno e externo a atribuição de fiscalizar a legalidade, legitimidade e economicidade; e no seu artigo nº 74, II, que determinava o dever dos três Poderes manterem sistema de controle interno a fim de avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência. Outras leis esparsas do ordenamento brasileiro já faziam menção à exigência de eficiência como a Lei de Licitações e Contratos, nº 8.666/93, que trazia a faceta da economicidade em seu artigo 3º e a Lei de Concessões e Permissões do Serviço Público, nº 8.987/95, que determinava a exigência como requisito básico para caracterizar um serviço público como adequado, em seu artigo 6º, §1º.¹⁸³

Diversas Constituições estaduais já haviam incorporado em seu texto original a referência expressa ao princípio da eficiência, como São Paulo e Tocantins, enquanto outros, na esteira da mudança da Constituição Federal, também passaram a incluir o princípio de eficiência, que originalmente não se encontrava expresso no texto de suas Constituições, como Pernambuco.¹⁸⁴

O Paraná se enquadra neste segundo grupo, pois incluiu a referência expressa este princípio através de emenda à Constituição estadual nº 11, de 10 de dezembro de 2001, em seu artigo 27:

Art. 27. A administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, eficiência, motivação, economicidade e, também, ao seguinte (...).
Versão após a emenda Constitucional.

Com exceção da Constituição italiana de 1947, onde se consagra o princípio do *buon andamento*, não se pode detectar referência expressa ao princípio de eficiência antes da década de 1970. Não há menção a este princípio nas Constituições dos Estados Unidos da América, Inglaterra e França, democracias onde os direitos humanos e de liberdade individual são assegurados há tempos, tampouco ocorrendo tal referência em diversas outras democracias ocidentais, de constituições mais recentes, como Holanda. Este vetor constitucional não aparece

¹⁸³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 110-112.

¹⁸⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. ..., p. 111.

necessariamente em Estados democráticos, surgindo apenas recentemente a partir da crise do Estado Social. A ideia de eficiência aparece com força nos programas de modernização da Administração Pública, como dos Estados Unidos (*National Performance Review*), britânico, neozelandês e brasileiro, independentemente de se tratar de uma grande potência ou um país emergente. Estados que abandonaram o comunismo possuem Constituições com forte reforço na ideia de liberdade, sem menções também ao princípio da eficiência. Países islâmicos, da mesma forma, não consagram expressamente este princípio, ainda que possuam dispositivos que guardem relação com o ele enquanto que países comunistas, como Cuba e China, consagram expressamente o princípio da eficiência na Constituição. Em democracias ocidentais que, de alguma maneira, exista uma proximidade com o Direito brasileiro, como Espanha, Itália, Portugal, Alemanha, o princípio da eficiência se mostra expresso constitucionalmente.¹⁸⁵

Embora apenas recentemente, a doutrina tenha se detido a analisar mais atentamente as implicações do princípio da eficiência, a sua existência já era tema de trabalho de alguns autores. Podem-se identificar três correntes doutrinárias em relação à importância deste princípio: uma corrente majoritária que, de uma forma ou outra, não considera a eficiência princípio basilar da Administração Pública; em uma segunda corrente, os autores verificam o dever de boa administração e de eficiência, mas entendendo que são decorrência do princípio da moralidade; a terceira corrente, se destacando mais recentemente, distingue o princípio da eficiência como vetor constitucional que conforma a atuação estatal.¹⁸⁶

Na primeira corrente, surge como principal autor Celso Antônio Bandeira de Mello para quem o princípio da eficiência somente pode ser concebido dentro do princípio da legalidade e não parece ser “mais do que uma faceta” do princípio da boa administração.¹⁸⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto se destacam na segunda corrente e entendem o princípio da eficiência como faceta do princípio da moralidade.¹⁸⁸ Na doutrina nacional, Hely Lopes Meirelles marca o início das discussões sobre a eficiência quando a inclui na relação de deveres da Administração Pública e, apesar de não avançar muito mais nesta análise, afirma

¹⁸⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. ..., p. 124-162.

¹⁸⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. ..., p. 118.

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122.

¹⁸⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. ..., p. 119.

ser o dever de eficiência “o mais moderno princípio da função administrativa, que não se contenta mais em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.¹⁸⁹ Passados quase quinze anos após sua inserção na Constituição, ainda se encontra reduzida literatura da doutrina brasileira versando especificamente sobre o princípio constitucional da eficiência.

O termo eficiência não pode ser considerado privativo de nenhuma ciência e ao adentrar o mundo jurídico passa então a ter seu significado construído pelos juristas, no contexto do ordenamento normativo brasileiro.¹⁹⁰ Tendo em vista as dificuldades para sua correta definição e aplicação no caso concreto, o vocábulo eficiência se caracteriza como um conceito jurídico indeterminado, conforme os critérios de análise proposto por Antônio Francisco de Souza.¹⁹¹

É comum a confusão existente entre os termos eficácia e eficiência que, no entanto, não se confundem. Apesar de haver várias interpretações para os significados destes, pode-se entender eficiência como a vedação de utilização de meios inapropriados, fazendo com que a Administração cumpra suas tarefas corretamente, num tempo razoável, empregando os meios apropriados e pertinentes, enquanto que eficácia se relaciona com o cumprimento de resultados condizentes com os objetivos e metas fundamentais da gestão pública, vedando-se tal descumprimento, caso seja a opção por uma análise a partir do exposto na Constituição.¹⁹² A partir deste entendimento pode-se conceituar efetividade como o resultado global, atingido ao longo do tempo, e que atenda, ao mesmo tempo, a realização da eficiência e da eficácia.¹⁹³

Do ponto de vista jurídico, a obrigação da atuação eficiente deve ter a dimensão da racionalidade e otimização uso dos meios e a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública e, tendo em vista que esta atividade deve estar voltada a servir o público na “justa proporção das

¹⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 90.

¹⁹⁰ MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. ..., p. 2.

¹⁹¹ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência*. São Paulo: Dialética, 2002, p.24.

¹⁹² FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125.

¹⁹³ BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Eficiência um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar*. Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, maio 200, p. 3. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=132>. Acesso em: 20 de julho de 2012.

necessidades coletivas”, é forçoso reconhecer como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente em relação a este princípio, o que não chega a ser propriamente uma novidade, uma vez que jamais houve autorização normativa para uma administração pública ineficiente.¹⁹⁴

Nas ciências econômicas, se relaciona economicidade com a eficiência através da expressão eficiência econômica, identificada com o conceito de “otimalidade de Pareto, condição na qual ninguém pode melhorar seu estado sem piorar o de alguma outra pessoa”.¹⁹⁵ A economicidade é um dos aspectos que determina a eficiência, mas não se pode entendê-los como sinônimos e,¹⁹⁶ apesar da importância do controle da economicidade, a eficiência concebida como um critério estritamente econômico não é o princípio consagrado pela Constituição e nenhum princípio pode existir com força normativa fora do contexto constitucional.¹⁹⁷

Assim, como os demais parâmetros da eficiência, a economicidade deve ser analisada no contexto da Constituição, pois em determinados momentos a execução de uma redução simples de custos pode ser apropriada, mas podendo, no entanto, se revelar insuficiente, senão até mesmo nefasto, se não estiver subordinado à garantia da consecução dos direitos fundamentais.¹⁹⁸

3.2 CONTROLE POR MEIO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

Ao considerar a prática de um ato administrativo, deve-se interpretar o ordenamento que o conforma e, após toda a vinculação estabelecida pelas leis e pelos princípios reitores da Administração Pública, resta uma margem de mérito, onde o administrador se vale de critérios extraleais para fundamentar a busca da melhor opção no caso concreto. Neste momento, o administrador deve utilizar os referenciais de eficiência administrativa para a consecução da finalidade pública a

¹⁹⁴ MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. ..., p. 4-7.

¹⁹⁵ SEN, Amartya K. *Sobre ética e Economia*, São Paulo: Cia. das Letras, 1999, p.37 e 47-48 *apud* BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Eficiência um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar*. ..., p. 3.

¹⁹⁶ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência*. ..., p.28.

¹⁹⁷ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. ..., p.162.

¹⁹⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. ..., p. 128.

ser atendida pelo ato administrativo, pois os princípios jurídicos dispostos constitucionalmente continuam a vincular as opções administrativas, que devem, ainda, à luz do princípio da eficiência, buscar de melhor forma possível atender ao interesse público.¹⁹⁹ Tal interesse, que é público porque é indisponível, tem como núcleo a promoção dos direitos fundamentais, que legitimam a caracterização da indisponibilidade de um interesse que “não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado”.²⁰⁰

Pode-se considerar utopia o controle do ato administrativo por meio da avaliação do atendimento ao princípio da eficiência, no entanto, a rejeição em se admitir a moralidade como requisito de validade do ato administrativo foi posição dominante na doutrina e na jurisprudência até recentemente, embora não haja mais discussão sobre a importância de tal controle, o que projeta uma tendência semelhante no trajeto rumo à efetiva concretização do controle do princípio da eficiência.²⁰¹

O constitucionalismo moderno promove uma reconciliação entre a ética e o Direito, um retorno aos valores que são materializados no ordenamento jurídico através dos princípios constitucionais, explícitos ou não. Os princípios conferem unidade e harmonia ao sistema, pois realizam a integração de suas diferentes partes e atenuam as tensões normativas, desempenhando os papéis de: condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete. Ao longo do trajeto que os levaram ao centro do sistema, os princípios conquistaram o *status* de norma jurídica, superando o positivismo legalista que limitava as normas às regras jurídicas, cuja mudança de paradigma foi, em grande medida, fruto da sistematização realizada por Robert Dworkin.²⁰²

Conquanto a aplicação das regras se realize, predominantemente, mediante subsunção, sob a forma de *tudo ou nada*, a carga valorativa presente nos princípios indica uma direção a seguir que, em determinados momentos, pode colidir com a direção proposta por outro princípio, o que pode ser considerado normal, por fazer parte da lógica do sistema que é dialético. Esta colisão de princípios não pode ser resolvida em termos de *tudo ou nada*, conforme ocorre com as regras, mas através

¹⁹⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. ..., p. 367.

²⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

²⁰¹ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência*. ..., p.30.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos constitucionais e teóricos do novo direito constitucional brasileiro* In: _____, organizador. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relação privada*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28-30.

da técnica denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses, elaborada por Robert Alexy, na qual se procura estabelecer o peso relativo de cada princípio colidente, que deve ser sopesado face ao caso concreto, sacrificando o mínimo possível cada um dos princípios ou direitos fundamentais em colisão, balizado pelo princípio da razoabilidade e pela preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do princípio que esteja sendo mitigado. Não há que se falar em superioridade formal de qualquer dos princípios em oposição, mas procurar determinar a solução que melhor atenda ao ideário constitucional no caso em apreço. A ponderação, com técnica que possibilita a convivência de normas protetoras de valores ou bens jurídicos em conflito, foi amplamente aceita pela doutrina, repercutindo nas decisões dos tribunais.²⁰³

Apesar da aceitação acima exposta, nos conflitos entre os princípios da eficiência e o da legalidade, verifica-se nas decisões judiciais e em grande parte da doutrina uma superioridade de fato da legalidade em relação à eficiência e, embora a legalidade seja um princípio valioso, é “um princípio entre os outros de igual hierarquia alojados no texto constitucional”. O princípio da legalidade, assim como o da eficiência, somente adquire significado na interação entre os demais princípios e direitos fundamentais, visto que a “cogência de outros princípios e a pluralidade das fontes normativas são realidades inelimináveis do Direito contemporâneo”.²⁰⁴

O princípio da legalidade, como princípio que deve ser aplicado à atuação administrativa, tem suas raízes na área tributária, onde o poder do príncipe encontrou uma de suas primeiras limitações, teve seus contornos definidos no Estado Liberal e somente ganha a conotação de princípio jurídico geral para a área administrativa no século XIX, quando, paralelamente, se constrói o Estado de Direito, do qual se constitui o pilar fundamental. No Estado Social, o princípio da legalidade vai perdendo esta característica de absoluta superioridade, deixando de ser aquele superprincípio dos tempos do Estado Liberal.

No entanto, este superpoder, embora não tenha a força de outrora, ainda conserva muito da sua influência. No entanto, podem-se verificar diversos litígios

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos constitucionais e teóricos do novo direito constitucional brasileiro* In: _____, organizador. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relação privada*. ..., p. 30-33.

²⁰⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. ..., p. 72.

onde o princípio da eficiência pode afastar o da legalidade e,²⁰⁵ quando se considera que o princípio da eficiência não é inferior a nenhum outro princípio, não se pode considera-lo como superior aos demais, inclusive ao da legalidade. As palavras de Jesús Leguina Villa assinalam este conflito, ainda que este considere que a eficiência tem seu alcance condicionado e limitado, inclusive pela legalidade e, como visto, poderia ocorrer justamente o contrário, a eficiência condicionando a aplicação de outros princípios, inclusive o da legalidade:

Não há dúvida de que a eficiência é um princípio que não se deve subestimar na Administração Pública de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais.

Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da Administração não se deve confundir com a eficiência das organizações privadas nem é tampouco um valor absoluto diante dos demais. (...)

Não se deve esquecer que o Direito Administrativo deve garantir simultaneamente os interesses gerais e os direitos e interesses individuais, não sendo razoável seu abandono em prol da sacralização de uma lógica eficiente, que não consegue ver na legalidade pública outra coisa senão insuportáveis obstáculos que devem ser eliminados a todo custo”.²⁰⁶

Deve-se procurar um entendimento, na análise da normatização administrativa, em conformidade com o Estado Democrático Social de Direito e que saiba ponderar as considerações da legalidade e da eficiência, capaz de reequilibrar “as preocupações exacerbadas com o garantismo extremo às com a efetividade da

²⁰⁵ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência*. ..., p.97. O autor cita como exemplo: “dois policiais não foram aprovados no malfadado ‘teste psicotécnico’, quando de seu concurso público, mas foram nomeados por força de medida liminar em mandado de segurança. Foram aprovados em todas as outras provas, inclusive na escola de formação, com excelentes resultados. Laboraram três anos e perderam a ação no mérito, embora a jurisprudência fosse amplamente favorável ao pleito. Quando o ente administrativo foi comunicado, resistiu à exclusão dos servidores; primeiro porque estes demonstraram-se ótimos profissionais em competência, disciplina e dedicação, com vários elogios em suas fichas; segundo porque há carência de policiais; terceiro porque há interesse específico da chefia imediata em mantê-los no projeto de segurança que vêm desenvolvendo. Solicitando respaldo jurídico para a Procuradoria do Estado a fim de mantê-los nos quadros públicos, esta se mostrou irredutível no sentido de sua exoneração.” O autor observa a “clara prevalência de um formalismo inadmissível em um sistema constitucional pautado pela eficiência e razoabilidade dos atos administrativos”, pois em sua opinião era obrigatória a sua convalidação.

²⁰⁶ VILLA, Jesús Leguina. *A Constituição espanhola e a fuga do direito administrativo*. Revista do Direito Administrativo Aplicado, ano 2, n. 6, set. 1995, p. 637 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.295.

atuação da Administração Pública”,²⁰⁷ que, assim como a atuação do controle, deve ser efetuada conforme a lei e o Direito.²⁰⁸

A ponderação de interesses implica que o controle do ato administrativo, a partir do princípio da eficiência, não provoca necessariamente o afastamento deste ato da realidade jurídica com a consequente cessação imediata de seus efeitos, pois ao exercer o controle da eficiência do ato administrativo pode ocorrer que, no caso concreto, verifique-se que sua revogação ou anulação, afetando os efeitos já produzidos, implique na manutenção deste ato ineficiente, tendo em vista os prejuízos decorrentes desta ação podem ser mais lesivos à sociedade, o que não obsta, evidentemente, a responsabilização de quem deu causa a estes prejuízos.

Tanto para calcular os prejuízos decorrentes de um ato ineficiente quanto para exercer o controle da eficiência deste ato, é necessário o domínio de uma ampla gama de conhecimentos técnicos, cuja falta pode prejudicar e, até mesmo, inviabilizar tal controle. Desta forma, para que o controle do princípio da eficiência seja ele mesmo eficiente, devem-se aparelhar tecnicamente os órgãos de controle (interno, externo, social ou jurisdicional) para que possa cumprir efetivamente esta função de controle.

Os Tribunais de Contas, cujas competências que lhes foram atribuídas constitucionalmente autorizam e impõem o exame da eficiência e economicidade, não só dos atos administrativos, mas dos atos de gestão pública são,²⁰⁹ atualmente, os órgãos que se encontram mais estruturados neste sentido, por contarem com um quadro de servidores efetivos formados nas mais diversas áreas de atuação da Administração Pública e com experiência no exercício do controle externo. As competências técnicas dos Tribunais de Contas são condições necessárias, mas não suficiente, do exercício eficiente do controle externo, pois devem estar aliadas a uma atuação institucional metódica no sentido de garantir a efetividade de sua função constitucional.

Dentre todas as possibilidades de controle à disposição dos Tribunais de Contas, Angela Cassia Costaldello expõe um modelo de controle da eficiência do

²⁰⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. ..., p. 285.

²⁰⁸ Lei 9.784/99, art. 2º, parágrafo único, I: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito”.

²⁰⁹ BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Eficiência um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar*. ..., p. 8.

Estado baseado na aferição da conformidade das políticas públicas, elaboradas no exercício do poder político da Administração, em relação aos objetivos constitucionalmente determinados. A autora observa que a Constituição possui caráter eminentemente social e este modelo social evoluiu para a elaboração e materialização de políticas públicas, sendo que o governo, que tem a atribuição de ajustar escopos, diretrizes e estratégias, submetido ao ordenamento jurídico, ao eleger as políticas públicas e, sobretudo, ao executá-las está vinculado ao planejamento, que “pressupõe exame cuidadoso e completo do objeto que constituirá as políticas públicas e dos meios para sua materialização”. O controle a ser exercido sobre as políticas públicas deve se caracterizar por ser jurídico e não apenas jurisdicional, pois deve congrega os controles interno, externo e social, sem, contudo, reduzir o espaço do político, a bem da preservação da democracia.²¹⁰

Para a autora, o controle deve conduzir a sua análise na verificação de que as metas constitucionais terão prioridades em relação a outras políticas públicas elaboradas pelo administrador, sendo necessário determinar os padrões que permitam determinar os objetivos gerais a serem perseguidos pelo Estado e os meios e critérios de controle deste escopo. Neste contexto, destaca-se a importância do planejamento estratégico, que se distingue por fornecer o caminho a ser seguido e os resultados a serem atingidos dentro de um prazo determinado, uma vez selecionadas as políticas públicas tidas como prioritárias. Neste sentido, uma vez definidos os resultados pretendidos, as tarefas do controle tornam-se facilitadas e, durante este processo, busca-se eliminar os meios ineficientes para o alcance dos propósitos constitucionais e “em se tratando de situação limite, há que se socorrer da intervenção do judiciário”. Se o meio for ineficiente pode ser julgado como inválido, tendo que ser substituído por outro meio, ou ser adequado a fim de atingir os resultados planejados.²¹¹

A autora defende que as políticas públicas sejam submetidas ao controle dos Tribunais de Contas, visto haver elementos para este controle: “lapso de tempo predeterminado para lograr as finalidades, destino específico dos recursos, qualidade de prestação da política pública sob exame, lei orçamentária que prevê os

²¹⁰ COSTALDELLO, Angela Cassia. *Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010, p. 3-5 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=67659> Acesso em: 05 de junho de 2012.

²¹¹ COSTALDELLO, Angela Cassia. *Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo*. ..., p. 6-7.

recursos e as prioridades de execução, os agentes públicos responsáveis”, e destaca o papel exercido pelo Ministério Público, particularmente o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, cuja incumbência é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além de outras dispostas no artigo 129 da Constituição,²¹² instituição que assume importância também na fiscalização das políticas públicas.²¹³

Ainda que a existência de metas auxilie sobremaneira o controle dos atos administrativos, deve-se ter presente que tal controle não se restringe a análise posterior à prática do ato. É perfeitamente possível efetuar o controle da eficiência antes da execução ato, a fim de se evitar o dano decorrente do ato ineficiente, tendo em vista que se pode aferir sua eficiência através da análise dos procedimentos a serem adotados, não apenas da análise dos resultados produzidos.²¹⁴

Por ser fundamentalmente uma construção jurisprudencial, as decisões judiciais tem forte influência no Direito Administrativo e analisando o histórico das sentenças e acórdãos do Poder Judiciário que apreciaram o mérito dos atos administrativos, tendo por base a verificação do princípio da eficiência, observa-se que, apesar de haverem decisões datadas da década de 50 do século passado, como é o caso emblemático do Diretor do Colégio Franklin Roosevelt, afastado exclusivamente por causa de sua ineficiência, conforme decisão proferida no mandado de segurança nº 2.201/DF, de 07 de janeiro de 1954,²¹⁵ estas são esporádicas, pois o pensamento dominante na jurisprudência era o da impossibilidade do controle nestes termos, por envolver a análise do mérito do ato administrativo.

A tripartição de poderes é o motivo alegado normalmente pelo judiciário para não realizar este controle, mas, no entanto, tal justificativa não pode ser utilizada como anteparo legal a realização de qualquer tipo de controle, até porque, desde a

²¹² COSTALDELLO, Angela Cassia. *Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo*. ..., p. 8.

²¹³ TELHO, Frederico Leonardo Mendonça; CAETANO, Tiago Lemanczuk Fraga. *O Princípio da eficiência e o controle da atuação administrativa discricionária*. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 3, n. 25, jan. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=8649>. Acesso em: 2 de julho de 2012.

²¹⁴ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência*. ..., p.140.

²¹⁵ Citado por GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência*. ..., p.138. O autor traz a ementa do acórdão: “O controle administrativo do ensino público permite interferência oficial na direção dos educandários particulares, para afastar os diretores sem eficiência. Não constituindo diminuição moral esse afastamento, pois nem todo cidadão ilibado tem competência para dirigir e administrar”.

edição da Lei nº 4.717 (Lei da Ação Popular), pelo menos, a referência de tripartição de poderes, como uma “courage rígida” a impedir o controle efetivo foi superada. Tal lei prevê a possibilidade de anulação de atos administrativos por vício de finalidade, inexistência de motivo ou desvio de finalidade, elementos que ensejam à apreciação do mérito, necessariamente.²¹⁶

Embora dominante, já se evidenciam sinais, ainda que tênues, de que está se operando uma mudança de paradigma neste pensamento, sendo possível identificar cada vez mais decisões que se utilizam do princípio da eficiência como instrumento de controle da função administrativa do Estado, reconhecendo a força vinculante do princípio.²¹⁷

3.3 JURISPRUDÊNCIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

Embora ainda minoritária, pode-se observar julgados que se utilizam do princípio da eficiência para fundamentar as decisões proferidas. As decisões tomadas com base neste princípio demonstram a visão jurisprudencial de sua aplicação e o entendimento quanto ao seu conceito, que possui característica multiforme, multifacetada e pluricompreensiva.²¹⁸

Pesquisando na página da internet do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pode-se encontrar o processo 721.113-6, julgado em 31 de julho de 2012, que trata de apelação cível em ação do Ministério Público do Paraná contra servidores do Departamento de Estradas de Rodagem – DER pela prática de atos improbidade administrativa, em conluio com outros acusados. Os servidores eram responsáveis pela supervisão e fiscalização de uma obra que, apesar de ter empresa, vencedora da licitação, responsável por sua execução e pela qual recebeu os valores contratuais, teve seus serviços executados pela Prefeitura Municipal. Em seu voto, a relatora, Juíza de Direito Substituta de 2º grau, Denise Antunes, afirma que os servidores deveriam executar suas funções com eficiência, o que significava zelar pelo fiel cumprimento do convênio e não apenas verificar a conclusão da obra. Para a relatora:

²¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discrecionabilidade Administrativa e Controle Judicial da Administração*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, abr. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=1607>. Acesso em: 21 de agosto de 2012.

²¹⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. ..., p. 116. O autor relaciona alguns julgados recentes que, de uma forma ou outra, reconhecem o caráter vinculante do princípio da eficiência.

²¹⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. ..., p. 174.

Notadamente, o Estado do Paraná, muito bem indica que o DER, por seus representantes, deveria zelar pelo fiel cumprimento do convênio em consonância com a legalidade e moralidade administrativa, e diga-se ainda com o princípio da eficiência (...).

Ora, e para tanto, deveriam os funcionários do DER fornecer todos os elementos devidos (em paralelo com os termos do convênio e diante da contratação da empresa), através dos ditos relatórios mensais para avaliações devidas (...).

Ora, além de atenderem o princípio da legalidade, os agentes públicos devem agir com rapidez, presteza, perfeição, rendimento. Eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Eficiência apresenta como princípio dois aspectos: o primeiro diz respeito ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; o segundo ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. Nesse passo, e ainda que não se possa reconhecer a ocorrência de convivência dos agentes públicos com os demais réus, houve a prática de desídia por eles, em certa afronta aos princípios da legalidade e eficiência.²¹⁹

Isto posto, a relatora negou provimento ao recurso de apelação dos servidores, mantendo a decisão inicial que os condenou ao ressarcimento, solidariamente com os demais acusados, do valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescido de correção monetária e juros de mora desde 05 de setembro de 2000, bem como reformando a decisão da 1ª instância a fim de condenar os servidores por improbidade administrativa, conforme objeto da apelação do Estado do Paraná, no que foi acompanhada pelos demais votantes.

Analisando esta decisão, pode-se verificar que a relatora considera ser a eficiência um princípio recente, o mais “moderno” da função administrativa, a qual não deve ser pautada apenas pelo princípio da legalidade. A concepção de eficiência exposta na decisão não se vincula somente ao resultado final (afinal a obra foi entregue), mais aos procedimentos necessários para verificar a execução. Os funcionários do DER constataram a conclusão da obra, mas não executaram os procedimentos de acompanhamento do modo previsto, com elaboração de relatórios mensais, de modo que sua ineficiência também contribuiu, assim como a ação da prefeitura em executar a obra no lugar da empresa contratada, para a ocorrência dos prejuízos ao erário.

No Superior Tribunal de Justiça encontra-se o julgamento, em 16 de março de 2010, do recurso especial nº 1.145.692 interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão do Tribunal Federal Regional da Quarta Região que, tendo-se esgotado o prazo de 360 dias estipulado pelo art. 24 da Lei 11.457/07,²²⁰ estabeleceu prazo de

²¹⁹ Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11323611/Acórdão-721113-6>. Acesso em: 30 de novembro de 2012.

²²⁰ Lei nº 11.457/07 - Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

30 dias para a solução dos litígios tributários na esfera administrativa. A Fazenda Nacional considerava que prazo de 360 era para cada fase do processo administrativo e não para a solução administrativa deste. A relatora, Ministra Eliana Calmon, entendeu que a decisão do tribunal de origem estabeleceu um prazo razoável para a solução dos litígios, tendo em vista a ocorrência, no caso em tela, de injustificada demora, em consonância com o entendimento da Corte, “que assegura a razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade, ‘(...) não podendo se permitindo que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo’ (...)”. Com tais argumentos, a relatora considerou que a solução adotada pelo Tribunal de Origem não configurou ofensa ao artigo 24 da Lei nº 11.456/07, não conhecendo o recurso especial, sendo acompanhada unanimemente pelos demais Ministros.²²¹

Já nesta decisão, verifica-se a preocupação com a celeridade e presteza, outra dimensão do princípio da eficiência. Observe-se que, ao considerar a demora da Administração em concluir o procedimento administrativo injustificável, o Judiciário adentra o mérito da questão para verificar se há justificativa plausível para tal demora. “A colocação de prazos traduz exatamente um mandamento de celeridade, fixando um limite de tolerância para a atuação administrativa”, mas não pode se resumir simplesmente ao agir com velocidade, sem considerar a qualidade do ato praticado e da satisfação das necessidades do cidadão.²²²

Na pesquisa realizada no Supremo Tribunal Federal pode-se verificar o julgamento, em 19 de outubro de 2011, da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.543 MC/DF, com pedido de medida cautelar, proposta pela Procuradoria Geral da República contra o art. 5º da Lei nº 12.034/09 que instituía a impressão do voto nas urnas eletrônicas, a partir da eleição de 2014. Em seu voto, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, alega que o processo eleitoral existente no Brasil é de reconhecida eficiência, a qual poderia ser comprometida pela instalação e uso dos módulos de impressão externo necessárias para implantar o voto impresso nas mais de quatrocentas mil sessões eleitorais. Argumenta, ainda, a relatora:

Cálculo aproximado e preliminar, desprezando-se, por exemplo, as despesas de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos, o custo do voto aumentaria em mais de 140% e a Justiça Eleitoral precisaria de quase um bilhão de reais a mais para a realização das eleições, o que demonstra que o voto impresso, além de desconsiderar o ponto constitucional sensível do segredo, que pode ficar comprometido, também não guarda harmonia com os princípios da eficiência administrativa (art. 37 da Constituição), em razão dos seus índices dificultadores orçamentários, logísticos, operacionais, ensejando o aumento de fraudes e do tempo de votação e de apuração das eleições.

Tanto lesaria os princípios da economicidade a ser considerado nos gastos públicos (art.70 da Constituição brasileira) e, ainda, da eficiência no cuidado

²²¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901178950&dtpublicacao=24/03/2010>. Acesso em: 30 de novembro de 2012.

²²² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. ..., p. 198.

da coisa pública em busca de idêntico e melhor resultado (art. 37 da Constituição).²²³

Com base nestes argumentos, além nos demais de outra ordem, a relatora deferiu o pedido de medida cautelar, no que foi seguida por unanimidade pelos demais Ministros presentes. O julgamento da inconstitucionalidade do referido artigo não ocorreu até o momento.

Nesta decisão, pode-se observar a utilização como fundamento do princípio da economicidade, que é um dos aspectos que determina a eficiência, e do princípio da eficiência, neste caso entendido como a relação mais adequada entre o resultado final e os fatores utilizados para obtê-lo. Não se coloca em discussão que o voto impresso é desnecessário, questão que será tratada na análise do mérito da ADIn, mas que a sua utilização pode afetar a eficiência do processo eleitoral da maneira como ele se desenvolve atualmente, com o risco de aumentar as fraudes, do tempo de votação e apuração das eleições. Evidentemente, temos uma clara colisão de princípios, pois um processo eleitoral mais transparente e com possibilidade de recontagem física dos votos pode ser mais necessário e vantajoso à sociedade, ainda que menos eficiente em determinados aspectos.

Na realização da prova de 2012 do Exame Nacional de Desempenho de estudantes – ENADE, a questão número 15 utilizou um julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a necessidade de contratação temporária e cuja resposta era o princípio da eficiência:

QUESTÃO 15

Em outra oportunidade, com a intenção de conceituar o termo “necessidade temporária”, empregado pelo art. 37, inciso IX, da Constituição da República, anotei:

É temporário aquilo que tem duração prevista no tempo, o que não tende à duração ou à permanência no tempo. A transitoriedade põe-se como uma condição que indica ser passageira a situação, pelo que o desempenho da função, pelo menos pelo contratado, tem o condão de ser precário. A necessidade que impõe o comportamento há de ser temporária, segundo os termos constitucionalmente traçados. Pode-se dar que a necessidade do desempenho não seja temporária, que ela até tenha de ser permanente. Mas a necessidade, por ser contínua e até mesmo ser objeto de uma resposta administrativa contida ou expressa num cargo que se encontre, eventualmente, desprovido, é que torna aplicável a hipótese constitucionalmente manifestada pela expressão “necessidade temporária”. Quer-se, então, dizer que a necessidade das funções é contínua, mas aquela que determina a forma especial de designação de alguém para desempenhá-las sem o concurso e mediante contratação é temporária. Assim, poderia haver a contratação para atender a necessidades temporárias de uma atividade que pode, ou não, ser permanente e própria do órgão da Administração Pública. O que deve ser temporária é a necessidade, e não a atividade.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3.386/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 14/04/2011, publicada no DJe n.º 162, de 24/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

²²³ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1787128>. Acesso em: 30 de novembro de 2012.

A necessidade temporária de contratação pela Administração Pública, objeto de análise no voto acima transcrito, encontra fundamento constitucional no princípio da

- A) legalidade.
- B) impessoalidade.
- C) moralidade.
- D) publicidade.
- E) eficiência.²²⁴

Essa questão do ENADE também é uma demonstração de que o princípio da eficiência começa a se firmar no universo jurídico, o que aumenta a possibilidade de que ele possa ser visto como um instrumento efetivo de controle, não só jurisdicional, e não apenas como mais uma tentativa de introdução de conceitos da iniciativa privada dentro da esfera pública.

²²⁴ Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_superior/enade/provas/2012/07DIREITO.pdf. Acesso em: 30 de novembro de 2012.

CONCLUSÃO

Na primeira parte de estudo verificou-se que os três poderes praticam atos administrativos, a fim de exercerem suas funções de natureza administrativa, e, embora não haja uma definição legal tampouco concordância doutrinária a respeito, é possível resumir as características deste tipo de ato expressadas pelos autores estudados como sendo uma exteriorização da vontade estatal, sujeita ao regime jurídico administrativo, apto a produzir efeitos jurídicos e sujeito ao controle jurisdicional.

Também com divergências na doutrina, considerou-se como atributos dos atos administrativos a presunção de legitimidade ou veracidade, a imperatividade, a autoexecutoriedade e a tipicidade e, como elementos, conceito igualmente não pacífico, a competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Observou-se que, nos casos em que o ato é editado em desacordo com a legislação, é possível invalidá-lo, revoga-lo ou extingui-lo com base na análise do princípio da eficiência, mas não se verificou a possibilidade de convalidá-lo com base no mesmo princípio por afronta ao artigo 55 da lei 9.784/99, tendo em vista a lesão que um ato ineficiente causa ao interesse público.

Na segunda parte apresentaram-se os tipos de controle de controle, que foram divididos em controle interno, pratica no âmbito interno da instituição; controle externo, exercido pelo Poder Legislativo, no qual se insere os Tribunais de Contas, com atribuições específicas para tal; controle jurisdicional, exercido pelo Poder Judiciário; e o controle social, exercido diretamente pela sociedade e ao qual devem ser garantidas as condições de acesso às informações e do efetivo exercício deste tipo de controle. Devido às características particulares no controle e persecução da eficiência no Poder Judiciário, foi analisado o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, verificando-se que das 74 resoluções emitidas por este Conselho, mas de 50% tinha por objetivo proporcionar mais eficiência ao citado poder.

Nesta parte também foi analisado tema do controle do mérito do ato administrativo, ligado ao conceito de discricionariedade, dissertando-se sobre as divergências quanto à terminologia, justificativa de existência, teorias de justificação dos seus limites e as possibilidades deste controle, o que se verificou estar

aumentando, com cada vez mais autores com este posicionamento e com o incremento de decisões jurisdicionais que adentram o mérito administrativo.

Na terceira parte estudou-se o princípio constitucional da eficiência no Direito Administrativo, o seu percurso histórico neste ramo do Direito, sua influência nas Constituições estaduais e nas Constituições de outros países, bem como a concepção doutrinária sobre ele, constatando-se a existência de três correntes: uma que não reconhece a eficiência como princípio basilar da administração pública, representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a eficiência somente pode ser concebida dentro do princípio da legalidade; uma segunda corrente que o entende como decorrência do princípio da moralidade, na qual se destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto; e uma terceira corrente que afirma o princípio da eficiência como vetor constitucional conformador da atuação estatal, na qual Hely Lopes Meirelles marca o início das discussões sobre este princípio. Apresentaram-se os conceitos correntes de eficiência, conceito jurídico indeterminado, com várias faces e que não se confunde com a eficácia, efetividade e economicidade, bem como a necessidade de analisá-los no contexto constitucional.

Também se examinou o exercício do controle por intermédio do princípio da eficiência, o qual como todo princípio constitucional tem força normativa e sempre vincula as opções administrativas. Nesta vinculação viu-se que pode ocorrer a colisão entre princípios, a qual deve ser tratada através da aplicação da técnica de ponderação, que não passa pelo banimento, puro e simples, de um dos princípios colidentes. Estudou-se mais detidamente a colisão os princípios da eficiência e o da legalidade, o qual não mais possui a condição de superprincípio que exibia à época do Estado Liberal, mas que conserva muito da sua influência, bem como se verificou que o princípio da eficiência, se não é inferior a nenhum princípio, também não é superior a nenhum outro, pois qualquer princípio somente adquire significado na interação entre os demais princípios e os direitos fundamentais.

Com a observação das características da estrutura dos Tribunais de Contas, detentor de um corpo técnico qualificado e experiente na análise dos atos administrativos, inclusive quanto ao seu mérito, apresentou-se uma proposta de controle a partir das atribuições destes órgãos, que consiste na aferição da conformidade constitucional das políticas públicas planejadas pela Administração e transformadas em metas, que embora sejam úteis, não são essenciais para o controle da eficiência dos atos administrativos, uma vez que tal controle pode ser

realizado através da análise dos procedimentos a serem adotados e não somente a partir dos resultados produzidos.

Esta terceira parte é finalizada com a análise de algumas decisões jurisdicionais fundadas no princípio da eficiência, as quais exemplificam os diversos entendimentos do conceito deste princípio, que se caracteriza por ser multiforme, multifacetado e pluricompreensivo.

Embora ainda não se possa observar que o princípio da eficiência ocupe a posição que mereça, tendo em vista ser um princípio constitucional que vincula a atuação administrativa e pela possibilidade de efetivar a consecução dos princípios fundamentais sociais, já se observa uma mudança na doutrina e na jurisprudência, mudança esta já verificada em relação ao princípio da moralidade, o qual não era admitido como requisito de validade do ato administrativo até recentemente, o que projeta um percurso semelhante a ser seguido pelo princípio da eficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de, *Discrecionariade e motivação do ato administrativo* In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa, coordenador. *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARIELY, Dan. *Previsivelmente Irracional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça*. Interesse Público IP Belo Horizonte, n. 30, ano 7. Março/Abril 2005.

_____. *Fundamentos constitucionais e teóricos do novo direito constitucional brasileiro* In: _____, organizador. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relação privada*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*. 27 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos – táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Eficiência um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar*. Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, maio 2001. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=132> . Acesso em: 20 de julho de 2012.

CADERNOS JURÍDICOS/Escola Paulista da Magistratura V.4, nº15 (maio-junho/2003) - São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. Disponível em www.epm.tjsp.jus.br/FileFetch.ashx?id_arquivo=16700. Acesso em: 01 de novembro de 2012.

COSTALDELLO, Angela Cassia. *Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67659>. Acesso em: 05 de junho de 2012.

CRETELLA JUNIOR. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2000.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *O Controle Jurisdicional do Processo Disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996.

DELGADO, Carine. *A sindicabilidade pelo poder judiciário do ato administrativo discricionário*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 3, n. 34, dez. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4320>. Acesso em: 30 de agosto de 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. *Princípio Constitucional da Eficiência*. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNANDÉZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.

GORDILLO, Augustin A. *Princípios de direito público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GUERRA, Evandro Martins. *Controle sistêmico: a interação entre os controles interno, externo e social*. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, out. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55275>. Acesso em: 27 de junho de 2012.

HARGER, Marcelo. “Reflexões iniciais Sobre o Princípio da Eficiência”. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, dez., 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União. -- 3.ed. -- Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/tecnicas_anop . Acesso em: 12 de novembro de 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, abr. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=1607> . Acesso em: 21 de agosto de 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 51, n. 2, p. 107-121, abr./jun. 2000. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51586> . Acesso em: 10 de setembro de 2012.

MORAES, Alexandre de. *Princípio da Eficiência e o Controle dos Atos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo – RDA, Belo Horizonte, n.243, set./dez. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

OLIVEIRA, Aline Silva de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios*. Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A & C, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72296> . Acesso em: 30 de maio de 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. *O controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. São Paulo: Elsevier, 2009

ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A função Controle da Administração Pública – Controle Interno e Externo*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr. 2001. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75> . Acesso em 03 de julho de 2012.

ROSILHO, André Janjácomo. *O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2010, p. 1-7. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=68488> . Acesso em: 01 de junho de 2012.

SEN, Amartya K. *Sobre ética e Economia*, São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TELHO, Frederico Leonardo Mendonça; CAETANO, Tiago Lemanczuk Fraga. *O Princípio da eficiência e o controle da atuação administrativa discricionária*. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 3, n. 25, jan. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=8649> . Acesso em: 02 de julho de 2012.

VILLA, Jesús Leguina. *A Constituição espanhola e a fuga do direito administrativo..* Revista do Direito Administrativo Aplicado, ano 2, n. 6, set. 1995.

WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Reforma Administrativa da era de Vargas*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.